

**DIE RICHTERLICHE KONTROLLE DES
ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHTS DER
BERUFSGEHEIMNISTRÄGER
AM BEISPIEL DES ARZTES**

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

HENNING F. KLOSE
Rechtsanwalt aus Glogau

1976

Marburg
1977

Druck: Görich & Weiershäuser, Marburg

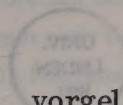
DIE RICHTERLICHE KONTROLLE DES
ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHTS DER
BERUFSGEHEIMNISTRÄGER
AM BEISPIEL DES ARZTES

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
des

Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

HENNING F. KLOSE

Rechtsanwalt aus Glogau

Marburg

1977

Druck: Görich & Weiershäuser, Marburg



Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am 23. Juni 1976

Berichterstatter: Professor Dr. Hupe

Mitberichterstatter: Professor Dr. Otto

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juni 1976

Schrifttumsverzeichnis

IV

<u>Vorbemerkung:</u>	Fragestellung der Untersuchung	1
----------------------	--------------------------------	---

<u>Erster Teil:</u>	Der Widerspruch zwischen Aussage-	6
	verbot - Zeugnisverweigerungsrecht -	
	Aussagerecht - Aussagepflicht	

1. Abschnitt:	Inhalt und Grenzen des § 203 Abs. 1	6
	StGB	

1. Rechtsgut	6
--------------	---

1. Die Gemeinschaftsbezogenheit	7
---------------------------------	---

der Schweigepflicht

2. Der persönlichkeitsrechtliche	9
----------------------------------	---

Gehalt der Schweigepflicht

2. Abschnitt:	Grenzen des Schutzes dieses Rechts-	13
---------------	-------------------------------------	----

guts nach Lehre und Rechtsprechung

I. Das Tatmerkmal des Geheimnisses	13
------------------------------------	----

II. Die Verletzung des Rechtsguts und	16
---------------------------------------	----

die Rechtfertigung dieser Verletzung

1. Die Bedeutung des Rechtsgutbe-	17
-----------------------------------	----

griffs für den von der Rechts-

gesellschaft zu gewährenden

Schutz

2. Das Verhältnis der Norm zum	25
--------------------------------	----

Rechtfertigungsgrund

3. Die Rechtfertigung der Verletzung	28
--------------------------------------	----

des Geheimnisses

3. Abschnitt:	Stellungnahme und Zwischenergebnis	30
---------------	------------------------------------	----

<u>Zweiter Teil:</u>	Inhalt und Grenzen des § 53 Abs. 1	36
----------------------	------------------------------------	----

StPO

	Seite
1. Abschnitt: Rechtsgut	39
2. Abschnitt: Grenzen des Verweigerungsrechts nach Lehre und Rechtsprechung	43
3. Abschnitt: Stellungnahme und Zwischenergebnis	48
<u>Dritter Teil:</u> Das Verhältnis des § 53 Abs. StPO zu § 203 Abs. StGB	53
1. Abschnitt: Personelle und sachliche Diskrepanz	53
I. Personelle Diskrepanz	53
II. Sachliche Diskrepanz	56
2. Abschnitt: Daraus folgende Probleme	58
I. Die Rechtfertigung des Geheimnis- bruchs	58
1. Anerkannte Grundsätze	58
2. Abgelehnte Grundsätze	70
II. Fälle objektiver Rechtfertigung, in denen der Geheimnisträger die Offenbarung verweigert	74
3. Abschnitt: Mögliche Konsequenzen aus der bis- herigen Betrachtung	76
<u>Vierter Teil:</u> Möglichkeiten und Grenzen eines Zeugniszwangs	79
1. Abschnitt: Anwendungsbereich	79
I. Der Lösungsansatz der Rechtsprechung	79
II. Eigener Lösungsvorschlag	86
1. Die Auslegung des Zeugnisver- weigerungsrechts aus dem Wortlaut	88
2. aus dem Systemzusammenhang	90
3. aus der Entstehungsgeschichte	90
4. aus dem Zweck	95
2. Abschnitt: Rechtspolitische Voraussetzungen dieser Lösung	99

	Seite
I. Wirkungen auf die Allgemeinheit	99
II. Das Arzt - Patient Verhältnis in der heutigen Zeit	104
III. Ärztliches Selbstverständnis	113
IV. Einwände aus dem Bereich der Ethik gegen das bisherige Ergebnis	117
1. Sozialethik - Individualethik	118
2. Sozialethische Grundlagen der Rechtsordnung	121
3. Anerkennung individuellethischer Entscheidungen durch die Rechts- ordnung	126
<u>Fünfter Teil:</u> Ergebnis und Praktikabilität des Ergebnisses	131
<u>Schlußbemerkung</u>	137

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Ackermann, Zur Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts in Strafsachen, Festschrift des DJT, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 493, Karlsruhe 1960
- v. Aquin, Th. Summa theologica, Ausgabe J.-P. Migne, Bd. I, Paris 1860
- Arndt, A. Strafrecht in einer offenen Gesellschaft, 47. DJT, Bd. II, Teil J, München 1969
- ders. Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1966, S. 2205
- Arzt, G. Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Tübingen 1970
- Aschrott-Liszt Reform des Strafgesetzbuches, Berlin 1910
- Baumann, J. Strafrecht AT, 5. Aufl., Bielefeld 1968
- Baumbach-Lauterbach-
Albers-Hartmann Zivilprozeßordnung, 32. neubearbeitete Auflage, München 1974
- v. Beling, E. Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46, Breslau 1903
- ders. Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
- ders. Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., Tübingen 1930

- Bendix, L. Die Rechtspflicht des Schweigens (insbesondere mit Rücksicht auf § 300 des Strafgesetzbuches), GA 52, S. 1
- Bettermann-Neumann-Nipperdey Die Grundrechte, 1. Bd., 1. Halbbd., Berlin 1966
- Bewer, C. Zur Schweigepflicht des Arztes nach dem Tode des Patienten, Berliner Ärzteblatt 1960, S. 374
- Binder, J. Philosophie des Rechts, Berlin 1925
- Binding, K. Handbuch des Strafrechts, 1. Bd., Leipzig 1885
- ders. Lb. des gemeinen deutschen Strafrechts, BT, Bd. I, Neudruck der 2. Aufl. Leipzig 1902
- ders. Die Normen und ihre Übertretung, 3. Aufl., Bd. I, Leipzig 1916
- Birnbaum Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1835), S. 179
- Blau, G. Schweigepflicht und Schweigerecht des Fachpsychologen, NJW 1973, S. 2234
- Blomeyer, J. Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 1974, S. 214
- Blomeyer, A. Gewissensprivilegien im Vertragsrecht, JZ 1954, S. 309

- Bockelmann, P. Ärztliche Schweigepflicht und Verkehrssicherheit, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Hamburg 1967
- ders. Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Gedächtnisschrift für Radbruch, S. 252, Göttingen 1968
- ders. Das Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968
- Bohne-Sax Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses im Deutschen Recht, Deutsche Landesreferate zum III. Internat. Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, S. 944, Tübingen 1950
- Bosch, F.W. Grundsatzfragen des Beweisrechts, Bielefeld 1963
- Bosch-Habscheid Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1954, S. 213 und JZ 1956, S. 297
- v. Brandis Zur Schweigepflicht unter Ärzten, Med. Klinik 1965, S. 355
- Bringewat, P. Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeprivileg des Verteidigers, NJW 1974, S. 1740
- Bruns, R. Zivilprozeßrecht, Berlin und Frankfurt 1968
- ders. Buchbesprechung zu F.W. Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZZ 77, S. 318
- BT-Drucksache Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 7/550

- | | |
|-----------------------------|---|
| Codex iuris canonici | Codex iuris canonici Pii X. Pontificis maximi
iussu digestus Benedicti Papae XV. auctoritate
promulgatus, Romae 1917; Polyglottis Vaticanis |
| Coing | Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl.,
Berlin 1969 |
| Comtesse, F.H. | Begriff und Schutz des Geheimnisses im schwei-
zerischen Strafgesetzbuch, SchwZStrR 56. Jhg.,
S. 257 |
| Cramer | Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Straf-
recht, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1968 |
| Dahlmanns | I. Entwurf zur ZPO (1871), Neudrucke zivil-
prozessualer Kodifikationen, Aalen 1971 |
| Dahm, G. | Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts,
Darmstadt 1960 |
| Dalcke-Fuhrmann-
Schäfer | Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin
1961 |
| Delitz, M. | Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse in den
USA, ZRP 1974, S. 269 |
| Deneke | Die freien Berufe, Stuttgart 1956 |
| zu Dohna | Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merk-
mal im Tatbestande strafbarer Handlungen,
Halle 1905 |
| ders. | Kernprobleme der Rechtsphilosophie, Nachdruck
der Ausgabe 1940, Darmstadt 1959 |

- zu Dohna Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl.,
Bonn 1947
- Dreher, E. Strafgesetzbuch, 34. Aufl., München 1974
- ders. Materielles Strafrecht, JZ 1953, S. 421
- Ebermayer Arzt und Patient in der Rechtsprechung,
Berlin 1925
- ders. Der Arzt im Recht, Leipzig 1930
- ders. Die Unruhen in Berlin-Moabit und das Zeugnis-
verweigerungsrecht der Ärzte, DJZ 1910, S. 1219
- Engisch, K. Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- ders. Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht,
Mezger-Festschrift, S. 127, München & Berlin
1954
- ders. Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift
des DJT, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben,
S. 401, Karlsruhe 1960
- Enneccerus-Nipperdey AT des bürgerlichen Rechts, I. Halbband,
15. Aufl., Tübingen 1959
- E 62 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 62
(mit Begründung), Bundestagsvorlage
- Erdsiek, G. Zur Schweigepflicht des Arztes nach dem Tode
des Patienten, NJW 1963, S. 633

- Fechner, G. Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Tübingen 1962
- v. Feuerbach, A. Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, Neudruck der Ausgabe Erfurt 1799
- ders. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., Giessen 1847
- Finger Vergleichende Darstellung, BT, Bd. VIII
- Flor, G. Beruf und Schweigepflicht - Eine Gegenüberstellung, JR 1953, S. 368
- Forsthoff, E. Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, Epirrhosis (Festgabe für C. Schmitt), I, S. 185
- v. Frank, R. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931
- Frey, E. Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts, Pfenninger-Festschrift (Strafprozeß und Rechtsstaat), S. 41, Zürich 1956
- Friedländer Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung, 2. Aufl., 1920
- Gallas, W. Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968
- ders. Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Festschrift (Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft), S. 50, Berlin & Leipzig 1936

- Gallas, W. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, S. 1
- ders. Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 62), ZStW 75, S. 16
- Geyer, A. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880
- Gierke, O. Deutsches Privatrecht, AT, Bd. 1, Leipzig 1895
- Givanovitch, Th. Prinzipien der legislativen Regelung der Grundprobleme der Berufsgeheimnisverletzung, GA 57, S. 315
- Göppinger Arzt und Recht, München 1966
- ders. Die Entbindung von der Schweigepflicht und die Herausgabe oder Beschlagnahme von Krankenblättern, NJW 1958, S. 243
- ders. Verwertung von Krankenpapieren, Anm. zu LSozG Bremen NJW 1958, S. 278
- Grofs, H. Zur Frage des Berufsgeheimnisses, Arch. Krim. Antrop. und Kriminalistik Bd. 13, S. 241
- Grömig, U. Schweigepflicht der Ärzte untereinander, NJW 1970, S. 1209
- Hälschner, H. Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II, Erste Abteilung, Bonn 1884

- Händel, K. Anm. zu BGH NJW 1968, S. 2288 in NJW 1969, S. 555
- Haffke, B. Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, S. 65
- Hahn Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 1880
 - Die gesamten Materialien zur ZPO 2. Bd., 1. Abt.
 - Die gesamten Materialien zur StPO 3. Bd., 1. Abt.
- Hamel, W. Glaubens- und Gewissensfreiheit, Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV, 1, Berlin 1960
- Hanack Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? 47. DJT, Bd. I, Teil A, München 1968
- Hardwig Die Zurechnung, Hamburg 1957
- Heck, Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
- Hegler, A. Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, S. 19
- Heinitz, E. Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 211, Breslau 1926
- Henkel Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Berlin-Köln-Mainz 1968

- Henkel Anm. zu OLG Hamburg DSStR 1936, S. 440
- Herbst, L. Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Arztgeheimnis und Schutz der Menschenwürde, NJW 1969, S. 546
- Herold Ärztliche Schweigepflicht und Kraftfahrzeugführerschein, Med. Klinik 1958, S. 1617
- Hess, A. Strafprozessuale Beschlagnahmefugnis und Ärztliche Schweigepflicht, Dt. Ärzteblatt 1972, S. 1714
- ders. Schweigepflicht nach dem Tode des Patienten, Ärztl. Mitt. (Dt. Ärzteblatt) 1962, S. 2471
- Hippe Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB, GA 46, S. 284
- v. Hippel, R. Über Grenzen der Beschlagnahme, ZStW 47, S. 523
- Honig Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Mannheim-Berlin-Leipzig 1919
- v. Ihering, R. Recht und Sitte, München 1924
- Jäger Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, Stuttgart 1957
- Jellinek, W. Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., Berlin 1908

- Jellinek, W. Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des
des Arztes und des Anwalts, MKrimPsych. u.
Strafrechtsref. III. Jhg. (1906/1907), S. 657
- Jescheck Lehrbuch des Strafrechts, AT, 2. Aufl.,
Berlin 1972
- Jodl, F. Allgemeine Ethik, 2. Aufl., Stuttgart und Berlin
1918
- Kahl, W. Der Arzt im Strafrecht, ZStW 29, S. 354
- Kallfelz, W. Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichs-
ärzteordnung, JW 1936, S. 1344
- Kalsbach Standesrecht des Rechtsanwalts, Köln 1956
- Kant, I. Grundzüge zur Metaphysik der Sitten, Kritik der
praktischen Vernunft, Bd. IV und Bd. V Ausgabe
Cassirer, Berlin 1922
- v. Karger und Peters Probleme der Arztaussage nach dem Tode des
Patienten, Hallermann-Festschrift (An den Grenzen
von Medizin und Recht), S. 207, Stuttgart 1966
- Kaufmann, Armin Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie,
Göttingen 1954
- Kaufmann, Arthur Recht und Sittlichkeit, Tübingen 1964
- ders. Ärztliche Schweigepflicht und bonum commune,
Arzt und Christ 1959, S. 52

- | | |
|------------------------|--|
| Kaufmann, Arthur | Herausgabe ärztlicher Aufzeichnungen, Anm. zu OLG Nürnberg NJW 1958, S. 272 |
| Keidel-Winkler | Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl., München 1972 |
| Kern, E. | Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64, S. 255 |
| Kern-Roxin | Strafverfahrensrecht, 12. Aufl., München 1974 |
| Kipp-Coing | Erbrecht, 12. Bearbeitung, Tübingen 1965 |
| Klee, K. | Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung, DStR 1936, S. 1 |
| Kleinewefers und Wilts | Die Schweigepflicht der Krankenhausleitung, NJW 1964, S. 428 |
| Kleinknecht, Th. | Strafprozeßordnung, 31. Aufl., München 1974 |
| ders. | Die Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, S. 1537 |
| Kohler, J. | Die Geheimnispflicht des Arztes, MonSchr. f. Krimpsych. u. Strafr. Reform VI. Jhg. (1909/1910), S. 593 |
| Kohlhaas, M. | Schwierigkeiten bei der Aufklärung von Kindesmißhandlungen, NJW 1967, S. 958 |
| ders. | Ärztliche Schweigepflicht nach dem Tode des Anvertrauten?, DMW 1959, S. 155 (Dt. Med. Wochenschrift) |

- Kohlhaas, M. Strafrechtliche Schweigepflicht und strafprozessuales Schweigerecht, GA 1958, S. 65
- ders. Ärztliche Schweigepflicht und Meldung fahrun-
tüchtiger Kraftfahrer an die Verkehrsbehörde,
DAR 1957, S. 345
- ders. Medizin und Recht, München-Berlin-Wien 1969
- Kohlrausch, E. Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin 1903
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961
- Köttgen Nicht Büttel der Obrigkeit, sondern Helfer. Eine
Stellungnahme zum Problem Schweigepflicht und
Kindesmißhandlungen, Berl. Ärzteblatt 1968, S. 134
- Krauss, D. Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, Gallas-
Festschrift, S. 379, Berlin 1973
- Kuhns Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958
- Kunert Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tat-
bestände, Berlin 1958
- Kraatz und
Szwewzyk Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht,
Bericht über ein Symposium der Klasse für Medizin
der Deutschen Akademie der Wissenschaft 1966,
Jena 1967
- Lang-Hinrichsen, D. Zur Frage der Grenzen strafrechtlicher Normsetzung
auf dem Gebiet geschlechtlichen Verhaltens unter
besonderer Berücksichtigung der Homosexualität,
Festschrift zum einhundertfünfzigjährigen Bestehen
des OLG-Zweibrücken, S. 85, Wiesbaden 1969

- | | |
|---------------|--|
| Lange | Lehrbuch des Erbrechts, München 1962 |
| Laufs, A. | Krankendokumente und Persönlichkeitsschutz, NJW 1975, S. 1433 |
| Laun | Recht und Sittlichkeit, 3. Aufl., Berlin 1935 |
| LK | Strafgesetzbuch, (Leipziger Kommentar), 8. Aufl., hrsg. von Jagusch, E. Mezger, A. Schaefer und W. Werner, Berlin 1958 |
| Lenckner, Th. | Der rechtfertigende Notstand, Tübingen 1965 |
| ders. | Ärztliches Berufsgeheimnis, Göppinger, Arzt und Recht, München 1966 |
| ders. | Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 |
| ders. | Anm. zu LG Augsburg NJW 1964, S. 1187 |
| v. Liszt, F. | Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. besorgt von Eb. Schmidt, Berlin und Leipzig 1927 |
| ders. | Der Begriff des militärischen Geheimnisses, H. Brunner-Festschrift (1914), S. 207, München und Leipzig 1914 |
| ders. | Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8, S. 133 |
| ders. | Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch, ZStW 6, S. 661 |

- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das GVG mit Nebengesetzen, Großkommentar, bearbeitet von Dünnebier-Geier-Jagusch-Kohlhaas-Sarstedt-Schäfer, 22. Aufl., Berlin-New York 1971
- Martens, H.M. Zum ärztlichen Notfalldienst, NJW 1970, S. 494
- Martin, L. Die ärztliche Schweigepflicht und die Verkehrssicherheit, DAR 1970, S. 302
- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz Bd. I, 4. Aufl., München 1974
- Maurach Deutsches Strafrecht, AT, 4. Aufl., Karlsruhe 1971; BT, 5. Aufl., 1969
- Mayer, M.E. Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1923
- ders. Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50
- Mezger, E. Strafrecht, Lb., 3. Aufl., Berlin und München 1949
- Mezger-Blei Strafrecht, Lb., AT, 15. Aufl., München 1973
- Mitscherlich, A. Richter ohne Roben, Der Deutsche Arzt 1970, S. 285
- Mittelbach Anm. zu OLG München MDR 1956, S. 565
- Mittermaier, M. Gutachten über § 300 StGB, ZStW 21, S. 222
- MRK Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7.8.1952, BGBl. II S. 685

- | | |
|-------------------|---|
| Müller-Sax
KMR | Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG
und OWiG, Bd. I, 6. Aufl., Darmstadt 1966 |
| Müller, K. | Die Schweigepflicht im ärztlichen Standesrecht,
MDR 1971, S. 970 |
| Nagler | Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrig-
keit, Binding-Festschrift II, S. 273, Leipzig 1911 |
| Neuffer, H. | Gedanken über den Arzt in unserer Zeit, Ärztl.
Mitt. 1958, S. 379 |
| ders. | Rede zur Eröffnung des 61. Dt. Ärztetages in Gar-
misch-Partenkirchen, Ärztl. Mitt. 1958, S. 765 |
| ders. | Der praktische Arzt, Ärztl. Mitt. 1958, S. 1371 |
| Niedermeyer | Ärztliche Ethik, Grundlagen und System der ärzt-
lichen Berufsethik, Wien 1954 |
| Niederschriften | über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission,
Bonn 1959 |
| Niese, W. | Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen
1950 |
| Noll, P. | Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen
die Einwilligung des Verletzten, Schweiz. criminal.
Studien, Basel 1955 |
| ders. | Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung
als Prinzip der Rechtfertigung |

- | | |
|--------------|---|
| v. Olshausen | Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Teil II, Berlin 1927 |
| Otto, H. | Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 2. Aufl., Marburg 1974 |
| ders. | Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, Strafrechtsdogmatik u. Kriminalpolitik, Annales Universitatis Saraviensis, Bd. 61 (1971), S. 1 |
| Pallaske | Anm. zu RGZ 53, 315 in DJZ 1906 S. 294 |
| Partsch | Bettermann-Neumann-Nipperdey, Die Grundrechte, I, 1, S. 235, Berlin 1966 |
| Peters, K. | Strafprozeß, 2. Aufl., Karlsruhe 1966 |
| ders. | Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Hellmuth Mayer-Festschrift (Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft), S. 257, Berlin 1966 |
| ders. | Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, 46. DJT, Bd. I, Teil 3 A, S. 150, München und Berlin 1966 |
| Placzek | Das Berufsgeheimnis des Arztes, 3. Aufl., Leipzig 1909 |
| Podlech | Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat, AöR 88 (1963), S. 185 |
| Ponsold, A. | Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Aufl., Stuttgart 1967 |

- Radbruch, G. Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973
- ders. Vorschule der Rechtsphilosophie, Heidelberg 1947
- ders. Gesetz und übergesetzliches Recht, SJZ 1946,
S. 105
- Radbruch-Zweigert Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl.,
Stuttgart 1964
- Rieger Meldung von Kindesmißhandlungen durch den be-
handelnden Arzt, Dtsch. Med. Wochenschrift 1974,
S. 108
- Roxin, C. Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,
2. Aufl., Berlin 1970
- ders. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966,
S. 377
- Rudolphi Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs,
Honig-Festschrift, S. 151
- Rupp, H. Beweisverbote in verfassungsrechtlicher Sicht, 46.
DJT, Bd. I, Teil 3 A, S. 179, München und
Berlin 1966
- Sauter Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz,
Strafrechtliche Abhandlung Heft 123, Breslau 1910
- Schaefer, H. Ärztliche Ethik als Grundlage ärztlichen Handelns,
Ärztl. Mitt. 1959, S. 1309

- Schaffstein, F. Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma,
DStR 1937, S. 335
- Scheler, M. Der Formalismus in der Ethik und die Materiale
Wertethik, 3. Aufl., Halle 1927
- Scheuner, U. Die verfassungsmäßige Verbürgung der Gewissens-
freiheit, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
1970, S. 242
- Schelsky Auf der Suche nach Wirklichkeit, Gesammelte Auf-
sätze, Düsseldorf-Köln 1965
- Schmidhäuser Strafrecht AT, Tübingen 1970
- ders. Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift, S. 433,
Frankfurt 1969
- Schmidt, Eb. Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939
- ders. Ärztliche Schweigepflicht und kein Ende, Dtsch.
Med. Wschr. 1954, S. 1649
- ders. Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil II,
Göttingen 1957; Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964;
Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, Nachtrag I,
1. Lieferung, Göttingen 1966
- ders. Berufsgeheimnis und Steuerrecht, JZ 1951, S. 211
- ders. Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungs-
recht im Bereiche der Sozialgerichtsbarkeit, NJW
1962, S. 1745

- Schmidt, Eb. Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses,
Heft 7 der Schriftenreihe der Gesellschaft für
bürgerliche Freiheiten, München 1951
- Schmidt, C. Die Tyrannei der Werte in: Säkularisation und Utopie,
Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburts-
tag, S. 37, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Scholmer Patient und Profitmedizin, Opladen 1973
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, 17. Aufl., München 1974
- Schröder Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungs-
grund, SchwZStrR 76, S. 1
- Schubart Ärztliche Schweigepflicht und Offenbarungseid,
DJZ 1914, S. 822
- Schulz, G. Arztrecht für die Praxis, 3. Aufl., Hannover 1965
- ders. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht in straf-
rechtlichen Nebengesetzen, GA 1962, S. 274
- Schweikert Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling,
Karlsruhe 1957
- Schweninger, E. Der Arzt von Ernst Schweninger, Frankfurt/M. 1906
- Schwerd, W. Lb. der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen,
1975, Dt. Ärzteverlag
- Seiler, R. Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre,
Graz-Köln 1960

- Seuffert-Walsmann Kommentar zur ZPO, Bd. I, 2. Aufl., München
1932
- Seybold-Hornig Bundesnotarordnung, 4. Aufl., Berlin 1962
- Siegmund-Schultze Schweigepflicht; Benachrichtigung der Verkehrsbe-
hörde über Gesundheitszustand eines Patienten,
Arztrecht 1968, S. 163
- Sina Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs
"Rechtsgut", Basel 1962
- Sondermann, G. Zur Frage der Diagnoseerpressung als Teilproblem
der ärztlichen Schweigepflicht, Ärztl. Mitt. 1959,
S. 1568
- ders. Rund um die Schweigepflicht, Ärztl. Mitt. 1960,
S. 2032
- Spann, W. Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München 1962
- Stammler, R. Theorie der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Halle 1911
- Staudinger Kommentar zum BGB, Bd. V, 2. Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1954
- Stein-Jonas-
Schönke-Pohle Kommentar zur ZPO, Bd. II, 19. Aufl.,
Tübingen 1972
- Steindorff Anm. zu BGH JZ 1963, S. 369 in JZ 1963, S. 370
- Sten. Berichte Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 7. Wahl-
periode, 2. Sitzung des Sonderausschusses für Straf-
rechtsreform, 14.2.1973, S. 176

- | | |
|-----------------|--|
| Stratenwerth | Strafrecht AT, Teil I, Berlin-Köln-Bonn 1971 |
| Thielicke, H. | Theologische Ethik, Bd. 2, 2. Teil, Ethik des Politischen, Tübingen 1958 |
| Thomasius, Chr. | Fundamenta iuris naturae et gentium, 4. Aufl., Halle 1718 |
| Trube-Becker | Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes bei Delikten gegen das Kind, Pädiatr. Praxis 1972, S. 369 |
| Ulmer, E. | Anm. zu BGH JZ 1955, S. 211/214 |
| Utz, A.F. | Sozialethik, I. Teil, Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, Heidelberg 1958 |
| Wach | Das Recht der Zeugnisverweigerung, Der Gerichtssaal 66, S. 14 |
| Welp, J. | Die Geheimsphäre des Verteidigers, Gallas-Festschrift, S. 400 |
| ders. | Anm. zu BGH JZ 1974, S. 421/423 |
| Welzel, H. | Das Deutsche Strafrecht, Lb., 11. Aufl., Berlin 1969 |
| ders. | Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, S. 490 |
| ders. | Macht und Recht, Hugelmann-Festschrift, S. 833, Aalen 1959 |
| ders. | Festschrift des DJT, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 383, Gesetz und Gewissen, Karlsruhe 1960 |

- Welzel, H. Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena
zu einer Rechtsphilosophie, Göttingen 1951
- Wendland, H.-D. Einführung in die Sozialethik, 2. Aufl., Berlin-
New York
- Wieacker, F. Vertragsbruch aus Gewissensnot, JZ 1954, S. 466
- Wiebel Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, Köln
und Opladen 1970
- Wieczorek Großkommentar zur ZPO und zum GVG, Bd. II,
Teil 2, Berlin 1957
- Wilts, W. Anzeigepflicht des Arztes aus vorangegangenen Tun,
NJW 1966, S. 1837
- Woesner, H. Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht, NJW 1957,
S. 692
- Wolff Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses,
Strafrechtliche Abhandlungen Heft 86, Breslau 1908
- Zachariae, H.A. Handbuch des deutschen Strafprocesses, Göttingen
1861

Vorbemerkung

Fragestellung der Untersuchung

In der vorliegenden Untersuchung stehen Fallgestaltungen zur Erörterung, in denen sich Berufsgeheimnisträger auf die ihnen obliegende Schweigepflicht berufen, obwohl nach den Grundsätzen der Rechtsgüter- und Interessenabwägung die Preisgabe des Berufsgeheimnisses zur Rettung eines höherwertigen Rechtsgutes oder zur Abwendung eines größeren Schadens in Betracht kommen würde. Dabei geht es vor allem um solche Fälle, in denen Berufsgeheimnisträger von ihrem prozessualen Recht auf Zeugnisverweigerung Gebrauch machen, obwohl ein überwiegendes Interesse an der Offenbarung des Berufsgeheimnisses besteht. Es soll geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen die Berufung auf die Schweigepflicht bzw. die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts gegebenenfalls verwehrt werden könnte.

Die Strafprozeßordnung stellt eine allgemeine Zeugnispflicht für jedermann auf. Die Zeugnispflicht umfaßt die Pflicht zum Erscheinen (§ 51 StPO), zur Aussage (§§ 52 bis 55 StPO) und zur Eidesleistung (§§ 59 bis 63 StPO), sofern keine der dort jeweils vermerkten Ausnahmen vorliegen. Die Erforschung und Aufklärung von Straftaten ist zum Schutze des gedeihlichen Zusammenlebens in der Gemeinschaft unerläßlich. Für jedermann muß deshalb die Pflicht bestehen, auf Verlangen des Gerichts sein Wissen zu offenbaren.

Das Verfahrensrecht kennt jedoch eine ganze Reihe von Ausnahmen, hinter denen das Interesse an der Wahrheitsfindung zurücktreten muß. Unter anderen zählt dazu das Recht auf Zeugnisverweigerung nach § 53 Abs. 1 StPO. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber bestimmten Berufsgruppen ein Recht auf Zeugnisverweigerung bezüglich dessen eingeräumt, was ihnen auf Grund ihrer Berufseigenschaft anver-

traut worden oder bekannt geworden ist. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann der Berufsgeheimnisträger von seinem Recht auf Zeugnisverweigerung Gebrauch machen, aber er muß es nicht.

Materiellrechtlich besteht ein Verbot der Aussage. Den Personen, denen einerseits § 53 Abs. 1 StPO ein Recht auf Zeugnisverweigerung einräumt, wird andererseits durch § 203 Abs. 1 StGB verboten, unbefugt ein fremdes Geheimnis zu offenbaren, das ihnen in ihrer Berufseigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden ist. Der Berufsgeheimnisträger muß für den Fall, daß er aussagen will, prüfen, ob seine Aussage ein nach § 203 Abs. 1 StGB strafbarer Geheimnisbruch sein könnte. Er sieht sich dabei vor die Frage gestellt, ob er mit Rücksicht auf das ihn bindende Vertrauensverhältnis und die Werte, um deren willen es ein Berufsgeheimnis gibt, schweigen soll oder mit Rücksicht auf ein widerstreitendes höher zu bewertendes Rechtsgut reden soll ¹⁾. Soweit besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Lehre.

Uneins ist man sich aber über die Lösung der hier in Frage stehenden Fallgestaltung, daß eine Geheimnisoffenbarung zwar nach dem Grundsatz der Rechtsgüter- und Interessenabwägung gerechtfertigt wäre, der Geheimnisträger aber dennoch als Zeuge im Prozeß schweigt.

Anhand folgenden Falles aus der Sozialgerichtsbarkeit soll dieser Fragenkreis aufgezeigt werden, wobei unerheblich ist, daß der Fall aus der Sozialgerichtsbarkeit herrührt, denn er hat übergreifende Bedeutung für das gesamte Verfahrensrecht:

Der Kläger verlangte Waisenrente nach dem Bundesversorgungsgesetz. Er begründete sein Begehren damit, der Selbstmord seines Vaters im Jahre 1949 in der Univ.-Nervenklinik M. sei eine mittelbare Folge erlittener Kriegsverletzungen gewesen, und er

1) statt vieler Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1749 1. Sp.

beantragte zum Beweis dessen, den seinerzeit behandelnden Arzt als Zeugen zu vernehmen. Der Arzt lehnte zunächst jede Aussage unter Hinweis auf die Schweigepflicht ab, da eine Offenbarung nicht im Interesse des Verstorbenen liege ²⁾.

Nach Grundsätzen der Rechtsgüter- und Interessenabwägung wäre hier zu prüfen gewesen, welches Rechtsgut durch die Schweigepflicht und das Zeugnisverweigerungsrecht geschützt wird und in welchem Wertverhältnis dazu das Offenbarungsinteresse des Waisen an der angestrebten Rente steht. Je nach dem Ausgang dieser Abwägung würde sich sodann entscheiden, ob noch weiterhin eine Pflicht zum Schweigen anzuerkennen ist, denn eine Rechtspflicht kann vom Standpunkt der Rechtsgemeinschaft aus nur soweit Bestand haben, wie nicht ein anderes Interesse wesentlich überwiegt. Das ist die Folgerichtigkeit jedes Wertgefüges.

Es soll an dieser Stelle dahinstehen, ob im Ergebnis eine Aussage gerechtfertigt gewesen wäre oder nicht. Auf diesen Fall wird ohnehin noch zurückgekommen. Er soll jetzt nur Anlaß zu der Frage geben, ob das den Berufsgeheimnisträgern eingeräumte Recht auf Zeugnisverweigerung in dem einen oder anderen Fall zu unbilligen Ergebnissen führt und ob die Gebote der Gerechtigkeit dann danach verlangen, dem zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personenkreis die Berufung auf dieses Recht zu versagen. Dazu seien weitere Fälle aus der Rechtsprechung angeführt, die diesen Fragenkreis grell aufscheinen lassen:

In einem Strafverfahren war Anklage wegen fahrlässiger Tötung erhoben worden. Der Verteidiger äußerte den Verdacht, die Krankengeschichte des Verstorbenen sei nachträglich geändert worden, um einen ärztlichen Kunstfehler zu verdecken, der erst zum tödlichen Erfolg geführt habe. Zur Entlastung des Angeklagten forderte er deshalb vom Krankenhaus die Krankenunterlagen

2) BayLSozG München NJW 1962, S. 1789; der Tatbestand findet sich bei Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 22 und bei Hess Ärztl. Mitt. (Dt. Ärztebl.) 1962, S. 2471

heraus. Unter Berufung auf die Schweigepflicht verweigerte das Krankenhaus die Herausgabe der Krankengeschichte ³⁾.

Der Angeklagte hatte seine Patientin an der Gebärmutter operiert, indem er den größten Teil dieses Organs entfernt hatte. Das Landgericht verurteilte ihn daraufhin wegen fahrlässiger Körperverletzung, weil er die Patientin vor der Operation über den Umfang des Eingriffs nicht aufgeklärt und sich ihrer Einwilligung nicht versichert habe. Der Angeklagte verteidigte sich damit, seine Patientin sei sich auf Grund eines vorangegangenen Gesprächs mit ihrer Hausärztin über die Tragweite ihrer Krankheit und dem Umfang des Eingriffs im klaren gewesen. Von einer Vernehmung der als Zeugin vor Gerichtgerufenen Hausärztin sah das Gericht jedoch ab, da sie nicht von der Schweigepflicht entbunden worden war ⁴⁾.

Aus der Tränengaspistole des A löste sich versehentlich ein Schuß. Der Schuß verletzte B geringfügig am Auge. B drohte daraufhin dem A mit Strafanzeige, forderte von ihm größere Geldbeträge und erhielt sie auch.

B war sich darüber im klaren, daß die geringfügige Verletzung nicht ein derart hohes Schmerzensgeld rechtfertigt und die Drohung mit Strafanzeige zum Zweck der Vermögensbereicherung verwerflich ist. Die in dem Ermittlungsverfahren gegen B wegen Erpressung angeordnete Beschlagnahme der Krankenblätter wurde vom BVerfG für unzulässig erklärt, da das Persönlichkeitsrecht des Erpressers und das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit der Ärzte vorrangig seien ⁵⁾.

Ob in derartigen Fallgestaltungen eine Pflicht zum Schweigen und ein uneingeschränktes Zeugnisverweigerungsrecht vernünftigerweise überhaupt noch anzuerkennen ist, dürfte immerhin zweifelhaft sein.

Die Erörterung dieses Fragenkreises soll in der vorliegenden Untersuchung auf die ärztliche Schweigepflicht beschränkt bleiben, da diese Berufsgruppe beinahe ausschließlich im Kreuzfeuer der Beiträge zu der hier interessierenden Auseinandersetzung steht. Die Berufsgruppe der Anwälte/

3) OLG Celle NJW 1965, S. 362; zweifelnd dazu Rupp 46. DJT, Bd. I, Teil 3 A, S. 179

4) BGHSt 15, S. 200 = NJW 1961, S. 279

5) BVerfG NJW 1972, S. 1123

Verteidiger soll deshalb ausgenommen werden, weil sich bei diesen Berufen eine Reihe zusätzlicher Besonderheiten ergibt ⁶⁾. Im Grundsätzlichen ist aber die Problematik ähnlich.

Der Geistliche soll ebenfalls ausgenommen werden. Der katholische Geistliche ist kirchenrechtlich durch can. 889 § 1 und can. 1757 § 3 Nr. 2 Cod.iur.can. an die unbedingte Schweigepflicht gebunden ⁷⁾. Im übrigen anerkennt die StPO in § 53 Abs. 2 StPO ein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht. Zwar fehlte bis zum 25.7.75 eine entsprechende Regelung in der ZPO. Diese Lücke wurde bis zu diesem Zeitpunkt durch Art 9 der Reichskonkordats von 1933 zu Gunsten der katholischen Kirche und in entsprechender Anwendung auch für die nicht-katholischen Geistlichen geschlossen ⁸⁾. Seit der Änderung des § 385 Abs. 2 ZPO (25.7.1975) besteht aber für den Geistlichen kein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht mehr, so daß er aussagen muß, wenn er von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden worden ist.

Inwieweit bei den übrigen schweigepflichtigen Berufsgruppen, soweit diesen ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt ist, Interessenkollisionen auftreten, kann dahinstehen. Jedenfalls sind diese Interessenkollisionen mit den hier zu untersuchenden Fällen vergleichbar.

6) vgl. zum Anwalt/Verteidiger Bringewat NJW 1974, S. 1740

7) can. 889 § 1 Cod.iur.can.: "Sacramentale sigillum inviolabile est, quare caveat diligenter confessorius ne verbo aut signo aut alio quovis modo et quavis de causa prodatur aliquatenus peccatorem"; zur geschichtlichen Entwicklung Wach, Der Gerichtssaal 66, S. 14 ff.

8) dazu Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 82; Flor JZ 1953, S. 372; Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, S. 80 ff.; Lenckner NJW 1965, S. 322 Fußn. 8; RGBl. 1933 II S. 679

Erster Teil

Der Widerspruch zwischen Aussageverbot - Zeugnisverweigerungsrecht - Aussagepflicht

1. Abschnitt

Inhalt und Grenzen des § 203 Abs. 1 StGB

1. Rechtsgut

In der Rechtslehre ist seit jeher streitig, welcher Wert so allgemein wichtig ist, daß er des Schutzes durch die Pflicht zum Schweigen bedarf. Es besteht Einigkeit darüber, daß die ärztliche Heilfürsorge nur dann zu verwirklichen ist, wenn der Patient darauf vertrauen darf, der Arzt werde über das, was er anläßlich der Heilbehandlung erfährt, Stillschweigen gegenüber jedermann bewahren. Jedoch ist nach wie vor streitig, ob es dabei um den Schutz des persönlichen Geheimbereichs⁹⁾ oder in erster Linie um die Wahrung der öffentlichen Gesundheitspflege geht¹⁰⁾. Je nachdem, welcher Auffassung man sich anschließt, ist zugleich der Weg für den Wertvergleich im Fall des Interessenwiderstreits vorgezeichnet.

9) Wolff, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, StraFRAbh. 86, S. 43; Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, S. 10; Mittermaier ZStW 21, S. 222; Hippe GA 46, S. 284; Kohler, Monschr. f. Krimpsych. u. Strafr. Reform 6 (1909/1910), S. 599; Givanovitch GA 57, S. 315; Olshausen § 300 Anm. 1; Schwarz-Dreher § 300 Anm. 2; Jagusch LK § 300 Anm. 1

10) Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung, S. 71; siehe im übrigen nachstehend; daß die Schweigepflicht auch unter den Bestandsschutz der Berufsausübung (Art. 12 GG) fällt, ist hier von untergeordneter Bedeutung, Rupp 46. DJT, Bd. I, Teil 3 A, S. 179

1. Die Gemeinschaftsbezogenheit der Schweigepflicht

Die Gemeinschaftsschutzlehre legt den entscheidenden Wert darauf, daß ein bedeutendes staatliches Interesse an der Pflege und Förderung des Gesundheitswesens besteht. Danach soll es vor allem im Interesse der Gesellschaft liegen, daß ihr einzelnes Mitglied gesund bleibt. Die Fürsorge für die Gesundheit des einzelnen bedeutet zugleich Fürsorge für die Gesundheit aller und trägt zur Erhaltung der Betriebsfähigkeit der Gesellschaft bei. Der Arzt ist somit Diener am öffentlichen Wohl¹¹⁾

Dieses sozialwertige Interesse ist nur dann zu verwirklichen, wenn der Geheimbereich des einzelnen, "der den Arzt in Anspruch nehmen muß, dem Arzt als unverbrüchlich gilt"¹²⁾. Nur dann hat der Kranke die größtmögliche Sicherheit, daß er sich einem Arzt in allen seinen Sorgen und Nöten offenbaren darf, ohne daß er Nachteile für seine Person zu befürchten braucht, und es wird dem einzelnen erleichtert, sich in ärztliche Behandlung zu begeben. Zugleich wird damit die Gesunderhaltung des Volksganzen gefördert, denn nicht nur der einzelne, sondern die Allgemeinheit insgesamt würden aufs schwerste geschädigt werden, wenn nicht allgemein die Gewißheit bestünde, der Geheimbereich des einzelnen werde vertraulich behandelt. Daraus wird geschlossen, das Interesse an der Wahrung der Intimsphäre werde "von dem bedeutsamen Gemeinschaftsinteresse an Gesundheitspflege und Gesunderhaltung des Volksganzen mitumfaßt"¹³⁾.

11) Bockelmann in Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, S. 43/44

12) Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1747

13) Eb. Schmidt aaO.

Folgerichtig kommen die Vertreter einer solchermäßen am Sozialwert ausgerichteten Betrachtungsweise zu dem Ergebnis, das geschützte Rechtsgut des § 203 StGB sei in erster Linie ein übergreifendes öffentliches Interesse an der Gesunderhaltung der Gesellschaft. Das sei letztlich der Grund, weshalb der Gesetzgeber das Vertrauensverhältnis Arzt-Patient selbst auf dem hochbedeutsamen Gebiet der Verbrechensbekämpfung anerkannt habe. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, selbst die Entbindung von der Schweigepflicht bewirke nicht, daß der Geheimnisträger aussagen müsse, denn nur er allein könne ermessen, was für und gegen eine Aussage spreche¹⁴⁾.

Dieses Gesamtergebnis ist umso schwerwiegender, als von seinem Boden aus tiefgreifende Folgerungen für die Interessenabwägung bei der Geheimnisoffenbarung gezogen werden. Im Fall des Interessenwiderstreits habe der Arzt "den Sozialwert, der mit Bestehen und Erhalten des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient verbunden ist", mit dem Sozialwert wertend zu vergleichen, "der in gerechter Justizgewährung für jedermann besteht." Die persönlichen Interessen des einzelnen wären dabei wohl auch von Bedeutung, aber zu einer Berücksichtigung dieser Interessen "wird der Arzt kaum imstande, kann aber auch gar nicht Sache des Arztes sein." Der Wertvergleich und die Interessenabwägung seien "immer auf der Sozialwertebene zu vollziehen."¹⁵⁾ Die am Sozialwert orientierte Betrachtungsweise sei

14) Arthur Kaufmann, Ärztliche Schweigepflicht und bonum commune, in Arzt und Christ, 1959, S. 52; ders. Anm. zu OLG-Nürnberg in NJW 1958, S. 272; Göppinger NJW 1958, S. 243; aufschlußreich ist insoweit der schweizerische und französische Rechtskreis, wonach eine Mitteilungspflicht des Arztes nicht nur die Interessen des Patienten sondern auch den ordre public verletze; dazu Frey in Pfenninger-Festschrift S. 139/141; befürwortend Eb. Schmidt in NJW 1962, S. 1747 r.Sp.; siehe im übrigen Seiler, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, S. 83 Fußn. 1 und S. 105/125

15) Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1749 r.Sp.

"vom Einzelfall und seiner Interessenabwägung grundsätzlich unabhängig."¹⁶⁾

2. Der persönlichkeitsrechtliche Gehalt der Schweigepflicht

Die neuere Entwicklung der Gesetzgebung zu § 203 StGB läßt eine klare Hinwendung zur Individualschutzlehre erkennen. Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974 hat "alle Vorschriften, die dem Schutze des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs dienen, in einem besonderen Abschnitt" zusammengefaßt ¹⁷⁾. In diesem Abschnitt steht auch die Regelung des § 203 StGB. In der Begründung des Gesetzes ist fast ausschließlich von dem geschützten Rechtsgut des Privatgeheimnisses die Rede. Die Hervorhebung des zum persönlichen Lebensbereichs gehörenden Geheimnisses in dem Gesetzeswortlaut des § 203 StGB diene "lediglich der Verdeutlichung" des geschützten Rechtsguts ¹⁸⁾. Ein Besonderes Interesse der Gesellschaft und auch des Staats "an dem ordnungsgemäßen Funktionieren dieser Berufe" wird nur am Rande erwähnt ¹⁹⁾.

Die Begründung steht im Einklang mit dem nicht Gesetz gewordenen E 62. Schon der E 62 erklärte die "Abschirmung des einzelnen gegen ein Eindringen in seine Privatsphäre, in der er sich grundsätzlich ungestört von der Außenwelt als Persönlichkeit entwickeln und entfalten können soll", zum Schutzzweck eines gesonderten Titels. Nach der Begründung des Entwurfs sollte das Rechtsgut des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs dadurch schärfer erfaßt und diesem der notwendige umfassende Strafrechtsschutz zuteil werden ²⁰⁾.

16) Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1749 r.Sp.

17) RegE BT-Drucksache 7/550, S. 235, Art. 18 Nr. 80 EGStGB

18) RegE aaO S. 238 r.Sp.

19) RegE aaO.; Sten. Berichte, 7. Wahlperiode, S. 176

20) E 62, S. 326; siehe auch Erdsiek NJW 1963, S. 633

Die individualrechtliche Auffassung läßt sich im Kern auf folgende Erwägungen zurückführen:

Der an einer Krankheit leidende Mensch ist hilflos und hilfsbedürftig²¹⁾. Eine Heilung von seinem Leiden wird er nur dann erwarten können, wenn er sich in Behandlung begibt und dem Arzt rückhaltlosen Zugang zu seinem Körper gewährt, denn erst durch eine körperliche Untersuchung kann sich der Arzt darüber Aufschluß verschaffen, welche Krankheit in Betracht kommt, was ihre Ursachen sein können und welche Gegenmaßnahmen zur Heilung anwendbar sind, wobei es sich natürlich nicht vermeiden läßt, daß dem Arzt sonst sorgsam verborgen gehaltene Mängel oder Eigenarten seines Patienten auffallen²²⁾. erinnert sei nur an "das Bestehen einer Schwangerschaft, an frühere Fehlgeburten oder Geschlechtskrankheiten oder an das Vorliegen von körperlichen Besonderheiten, wie dem Zustand nach kosmetischen Eingriffen, das Tragen einer Perücke oder eines künstlichen Gebisses²³⁾".

Häufig werden geistig-seelische Spannungen die Ursache der Erkrankung sein. Auch hier ist Voraussetzung einer ärztlichen Tätigkeit, daß die Bereitschaft des Patienten besteht, sich dem Arzt in allen seinen Sorgen und Nöten zu offenbaren, sich ihm "völlig in die Hand zu geben"²⁴⁾. Körperliche Erkrankungen können wiederum eine geistig-seelische Bedrückung verstärken oder erst ihr auslösendes Ereignis sein. Die ein-

21) Deneke, Die freien Berufe, S. 88

22) Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, S. 233; Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, S. 15 ff.

23) v. Brandis, Zur Schweigepflicht unter Ärzten, Med. Klinik 1965, S. 353 ff.

24) Lenckner bei Göppinger, Arzt und Recht, S. 161

schneidenden Eingriffe in den üblichen Lebensablauf, die Absonderung von der gewohnten Umwelt und das Gefühl eines nahenden Todes tragen das Ihrige dazu bei²⁵⁾.

Die verschiedensten mit einer Krankheit verbundenen Begleitumstände können das menschliche Wesen in einer Weise verändern, so daß dem kundigen Arzt ein aufschlußreiches Bild der Persönlichkeit seines Patienten verschafft wird²⁶⁾. Es erschließen sich ihm menschliche Bereiche und zwischenmenschliche Beziehungen, in die ein Eindringen außenstehenden Personen für gewöhnlich verwehrt ist. Insgesamt wird er immer einen Bereich berühren, den jeder Mensch natürlicherweise gegen die Außenwelt abschirmt, in dem überhaupt die menschliche Persönlichkeit wurzelt, kurzum das, was die Persönlichkeit ausmacht. Der Patient wird diesen Eigenbereich niemals freiwillig offenbaren, wenn zu besorgen ist, daß die daraus gezogenen Erkenntnisse in weitere Kreise dringen, seine Geltung in der Außenwelt berühren und womöglich nachteilige Rückwirkungen reifen lassen. Zwischen Arzt und Patient muß deshalb ein Vertrauensverhältnis bestehen, das es dem Arzt erst ermöglicht, die Kenntnis auch von derart verschwiegenen Dingen zu erhalten. Das kann nur erwartet werden, wenn der Arzt selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, und der Patient dessen gewiß ist.

Die Schweigepflicht schützt somit ganz wesentlich die ureigenste Intimsphäre eines Menschen, die jeder Persönlichkeit als solcher zukommt. Dieser persönliche Lebens- und Geheimbereich ist Teil eines erst in neuerer Zeit gesetzlich als allgemein schutzwert anerkannten umfassenden Persönlichkeitsrechts. Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ist die staatliche Gewalt verpflichtet, die Würde des Menschen zu achten

25) Wiebel, S. 16/17

26) Wiebel, S. 17

und zu schützen, und dem einzelnen ist das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zugesichert, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art 1 und 2 GG). Der Gedanke des Persönlichkeitsschutzes geht von der Überzeugung aus, "daß der einzelne sich überhaupt nur dann zu einer Persönlichkeit entwickeln kann, wenn ihm hierfür ein freier Raum von der Gemeinschaft und dem Staat sowie vor den anderen einzelnen gewährleistet wird." 27)

Im Ergebnis zeigt die verstärkte Beachtung des Persönlichkeitsrechts im allgemeinen und der hohe Kurswert des strafrechtlichen Schutzes der Intimsphäre im besonderen, daß sich die ärztliche Schweigepflicht zwanglos unter dem Grundgedanken einordnen läßt, dem einzelnen einen "Innenraum" zu erhalten, "in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt" 28). Dieser Innenraum ist der "letzte unantastbare Bereich menschlicher Freiheit" 29).

27) E 62, S. 326

zusammenfassend G. Arzt, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, S. 8; Gallas, Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 62), ZStW 75, S. 16; vgl. auch die Europäische MRK (Art. 8), wonach das Privatleben ganz allgemein geschützt wird, Partsch bei Bettermann-Neumann-Nipperdey, Die Grundrechte I, 1, S. 414; siehe dazu auch für den Strafprozeß BGHSt 5, S. 332 (Lügendetektor); BGHSt 14, S. 358 (Verwertbarkeit heimlich angefertigter Tonbandaufnahmen); BGHSt 19, S. 325 (Tagebuch); die Beiträge von Jescheck, Peters, Rupp, Sarstedt und Klug zum 46. DJT, Bd. I

28) BVerfGE 27, S. 6

29) BVerfGE 6, S. 41 (Elfes-Urteil); siehe auch Krauss in Gallas-Festschrift, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, S. 379; das LSozG Bremen, NJW 1958, S. 278, leitet die Schweigepflicht aus der "verfassungsmäßig gewährleisteten Würde des Menschen" her; Laufs NJW 1975, S. 1434: "Die Schweigepflicht im Dienst des Persönlichkeitsschutzes".

2. Abschnitt

Grenzen des Schutzes dieses Rechtsguts nach Lehre und Rechtsprechung

1. Das Tatmerkmal des "Geheimnisses"

Um den Schutz des Arzt-Patient Verhältnisses kann es nicht schlechthin gehen. Offenkundige oder vollkommen belanglose Tatsachen können des Schweigens und strafrechtlichen Schutzes nicht wert sein. Es ist zu fordern, daß die jeweilige Tatsache ein "Geheimnis" ist. Von einem Geheimnis wird man nur solange sprechen können, als es einer einzigen Person oder einem beschränkten fest umrissenen Personenkreis bekannt ist. Die Frage, ab wann eine Tatsache als geheim oder offenkundig gilt, beispielsweise Muskelkater oder halbseitige Lähmung, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab ³⁰⁾.

Der Geheimnischarakter einer Tatsache entscheidet sich nicht allein nach objektiven Gesichtspunkten. Es muß der persönliche Wille zur Geheimhaltung vorhanden sein. Der Wille, eine Tatsache soweit wie möglich zu verbergen und sie einem anderen nur unter dem Siegel der Verschwiegenheit mitzuteilen, kann auf verschiedenen Beweggründen beruhen. Der Wille an der Geheimhaltung läßt sich deshalb auf einen Beweggrund zurückführen, so daß sich weiter die Frage nach dem persönlichen Interesse an der Geheimhaltung als zusätzliches Wesensmerkmal ergibt. In dieser Frage war man früher verschiedener Auffassung.

Der streitige Punkt lag darin, ob sich das Interesse an der Geheimhaltung

30) u.a. RGSt 26, S. 7; 38, S. 62; 74, S. 111; Finger, Vergl. Darst., BT, Bd. VIII, S. 358 Fußn. 1; Kohlhaas GA 1958, S. 69; Seiler, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, S. 20 ff.

ausschließlich nach persönlichen Gesichtspunkten bestimmen soll und somit dem Willen des Geheimnisherrn überhaupt gleichsteht (Willens-theorie)³¹⁾, oder ob die aus der allgemeinen Rechts- und Sittenan-schauung abgeleiteten vernünftigen Wertentscheidungen mit dafür maß-gebend sein sollen, ob eine Tatsache als solche geheimhaltungswürdig sei (Interessentheorie)³²⁾. Dieser Streit dürfte heute weitgehend zu Gunsten des vernünftigen Geheimhaltungsinteresses erledigt sein. Das ist von besonderer Bedeutung, weil die Rspr. z.T. über den Weg des vernünftigen Interesses an der Geheimhaltung die Schweigepflicht und das Zeugnisverweigerungsrecht umgehen³³⁾.

Die Anhänger der ausschließlich am persönlichen Willen ausgerichteten Betrachtungsweise gelangten zu dem Ergebnis, der Arzt habe sogar be-langlose Krankheitserscheinungen, wie den nichtssagenden Schnupfen seines Patienten oder dessen Magenverstimmung, geheimzuhalten. Im Hintergrund der Entscheidung für den Willen stand die Abneigung gegen ein wertausfüllungsbedürftiges Tatmerkmal, das einer jeweils verschiedenen Wertung durch den Geheimnisträger oder Richter unter-liegen könnte³⁴⁾.

31) Hälschner, Das gem. dt. Strafrecht, II 1, S. 215; Binding Lb. des gem. dt. Strafrechts, I, S. 127; Sauter, Strafr. Abh. 123, S. 38; Kahl ZStW 29 (1909), S. 354

32) Frank § 300 Anm. I 4; Olshausen § 300 Anm. 2, S. 1675; Kohl-rausch-Lange § 300 Anm. V; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 23; zusammenfassend Bohne-Sax, Deutsche Landesreferate zum III. Intern. Kongreß für Rechtsvergl. 1950, S. 944 ff.; Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe, Teil I, S. 778

33) stellvertretend OLG Düsseldorf NJW 1959, S. 821, dazu später

34) Jellinek MKrim. Psych. u. Strafrechtsref. III Jhg. (1906/1907), S. 658/670; Gross Arch. Krim. Antrop. u. Kriminalistik Bd. 13, S. 243; Hippe GA 46, S. 296

Die in der Mehrzahl befindlichen Vertreter des vernünftigen Interesses an der Geheimhaltung weisen darauf hin, der launenhafte Wille eines Rechtsgenossen könne einen anderen nicht dazu verpflichten, eine alltägliche Tatsache als Geheimnis zu behandeln. Vor allem könne dem fehlgebildeten Willen des einzelnen nicht ein solches Übergewicht zukommen, daß dieser zur "Geißel" seiner Mitmenschen wird³⁵⁾. Geheimhaltungswürdig können nur das sein, was nach den persönlichen Verhältnissen des Betreffenden tatsächlich einen Geheimniswert erhalte³⁶⁾. Dem dürfte beizutreten sein.

Ausgangspunkt ist, daß nur ein solcher Geheimhaltungswille rechtliche Beachtung finden könne, der von einem sinnvollen Interesse geleitet wird. Das schließt freilich nicht aus, daß auch rechtswidrige oder moralisch zu verwerfende Verhaltensweisen als geheimhaltungswürdig gelten, denn die tatsächliche Schutzbedürftigkeit bedeutet nicht, daß das Geheimhaltungsinteresse die Billigung der Rechtsgesellschaft findet. Sie bedeutet nur, daß sich die Geheimhaltung auf Gründe stützt, an deren Kenntnis anderen gelegen sein könnte, die nach der Verkehrsanschauung maßgeblich sind und daß bare Willkür eine Tatsache nicht zum Gegenstand der Schweigepflicht machen kann. Ein maßgeblicher Geheimhaltungsgrund kann die Schußverletzung des Staatsfeindes und Umstürzlers oder die Fluguntauglichkeit des Piloten sein³⁷⁾.

35) Seiler aaO. S. 29; Bockelmann, Das Strafrecht des Arztes, S. 36

36) Frank, § 300 Anm. I 4; v. Liszt in Festschrift für H. Brunner (1914), S. 222; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 23; Kallfelz JW 1936, S. 1344; Maurach BT S. 170; Schönke-Schröder § 300 Anm. 5; Bockelmann bei Ponsold, Lb. der gerichtl. Med., S. 11/12

37) Maurach BT S. 170; Bockelmann, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, S. 30; Eb. Schmidt aaO.

II. Die Verletzung des Rechtsguts und die Rechtfertigung dieser Verletzung

Von dem tatsächlichen Interesse an der Geheimhaltung streng zu trennen ist die Frage, wie sich das anzuerkennende Interesse an der Geheimhaltung zu einem etwaigen berechtigten Offenbarungsinteresse anderer Personen verhält³⁸⁾. Steht das persönliche Interesse an der Geheimhaltung mit den Forderungen der objektiv wertenden Rechtsordnung nicht im Einklang, so bedarf es für die fehlgeleitete Schweigepflicht der Berichtigung³⁹⁾. Das ist insgesamt eine Frage nach den Voraussetzungen, unter denen die Rechtsordnung einem sonst schutzwerten Interesse ihren Rechtsschutz entzieht und somit eine Frage der Rechtswidrigkeit⁴⁰⁾. Die Antwort darauf kann sich letztlich nur aus dem Sinn und Zweck des Rechtsgutsschutzes sowie aus dem Grundsatz des überwiegenden Interesses ergeben.

Die Rechtsordnung verhilft im Fall des Interessenwiderstreits immer nur einem solchen Interesse zur Verwirklichung, dem sie ein vorrangiges Schutzbedürfnis zubilligt. Etwas anderes würde sich als Verkenning der Wertigkeit verschiedener Rechtsgüter darstellen⁴¹⁾.

-
- 38) vgl. dazu die Kritik von Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1746 I. Sp. zur Rspr.
- 39) zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, S. 116
- 40) mißverständlich Comtesse SchwZStrR 56. Jhg., S. 263 Ziff. 4 und Seiler aaO. S. 29
- 41) Binding, Hdb. des Strafrechts, I. Bd., S. 760: "Überall wo der Staat vor zwei Uebeln steht, von denen eines sicher kommt, meidet er das größere, wählt er das kleinere, nimmt er von zwei gleich großen Uebeln das eintretende hin."
zu Dohna aaO. S. 115: "Berechtigte Interessen zu schützen, ist die Rechtsordnung berufen."

Aussagen über den Gehalt des Rechtsgüterschutzes lassen sich dann machen, wenn man sich den Kern des dem Rechtsgutsbegriff zugeschriebenen Geltungsgrundes vergegenwärtigt. Erst aus dem Begriff des Rechtsguts kann auf den grundsätzlichen Sinn seines Schutzes geschlossen werden. Aus verschiedenen Straftatbeständen ist ersichtlich, daß es um den Schutz bestimmter Rechtsgüter geht. Daraus folgt aber allenfalls, daß sie deshalb Rechtsgüter sind, weil die Rechtsgesellschaft bereit ist, auf die Verletzung des jeweiligen Gutes mit Rechtsfolgen gegenzuwirken.

1. Die Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs für den von der Rechtsgesellschaft zu gewährenden Schutz

Die Lehre vom Rechtsgut ist bestrebt, den sachlichen Unrechtsgehalt, der einer jeden Straftat zukommt, einheitlich herauszuarbeiten und begrifflich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgutverletzung zu erfassen. Es kommt ihr darauf an, aus der Verschiedenheit der vom Gesetzgeber verbotenen Verhaltensweisen einen für alle Tatbestände gleichermaßen inhaltserfüllten Rechtsgutbegriff zu gewinnen, damit Schranken für den Gesetzgeber aufzustellen und Möglichkeiten zur Tatbestandsauslegung zu schaffen ⁴²⁾.

Die Lehre vom Rechtsgut fand in der Hauptsache Anfang des 19. Jahrhunderts in dem Gewand des subjektiven Rechts Eingang in die Rechtslehre. Die durch die Aufklärung geprägten Rechtslehren des 19. Jahr-

42) Rudolphi in Honig-Festschrift S. 151; Schmidhäuser in Engisch-Festschrift S. 443; Otto in Strafrechtsdogmatik u. Kriminalpolitik, Annales Universitatis Saraviensis, Bd. 61 (1971), S. 3 ff.; Hanack 47. DJT, Bd. I Teil A, S. 28 ff.; Roxin JuS 1966, S. 382; Lang-Hinrichsen, Festschrift für OLG Zweibrücken, S. 108; Jescheck AT S. 194

hunderts begriffen unter dem Einfluß der Lehre vom Gesellschaftsvertrag den sachlichen Kern aller Straftaten als Verletzung subjektiver Rechte ⁴³⁾. Bei jeder Strafvorschrift mußte der Nachweis geführt werden, daß es entweder um die dem Gesellschaftsvertrag vorgelagerten natürlichen Rechte des einzelnen oder um Rechte des einzelnen bzw. des Staates auf Grund des Gesellschaftsvertrages geht. Die Aufgabe des Strafrechts sah man in dem Schutz der subjektiven Rechte des Bürgers ⁴⁴⁾.

In diesem Verständniskreis ersetzte man sodann den Begriff des subjektiven Rechts durch den des Rechtsgutes, der sich im nachfolgenden überwiegend einbürgerte. Unter dem Rechtsgut verstand man hauptsächlich ein von der Staatsgewalt gewährleistetes materielles Gut - Hab und Gut -, das dem einzelnen oder der Gesellschaft zustehen konnte ⁴⁵⁾.

Im folgenden beeinflußte der gegen die Allmacht des Staates gerichtete Liberalismus den Rechtsgutsbegriff mit der richtungsweisenden Zielsetzung, "alles Recht sei um der Menschen willen da" und der Zweck jeder Strafrechtsordnung habe der Entfaltung menschlicher Lebensinteressen zu dienen ⁴⁶⁾.

Während man den Rechtsgutsbegriff vorher aus philosophischen Lehrsätzen

43) Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven Rechts, Teil I, 1799, S. 56, 65; Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, §§ 9 ff.

44) vgl. dazu Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", S. 6 ff.; Rudolphi in Honig-Festschrift S. 154; Honig, Die Einwilligung des Verletzten, S. 32 ff.; Otto aaO. S. 3 ff.; Jescheck AT S. 193; Maurach AT S. 213

45) Birnbaum, Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1834), S. 179

46) v. Liszt ZStW 6 (1886), S. 673

zu gewinnen suchte und ihn in der weiteren Entwicklung als einen vom Gesetzgeber gewerteten Zustand betrachtete, der "in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist" ⁴⁷⁾, schöpfte man im Gegensatz dazu den Rechtsgutsbegriff schließlich aus einer Rückbesinnung auf die sozialen Gegebenheiten der Gesellschaft ⁴⁸⁾. Das jeweilige Rechtsgut war der Rechtsordnung von nun an bereits durch die zu schützenden Lebensbedingungen der Gesellschaft vorgegeben. Von daher sollte der Rechtsgutsbegriff seinen den Gesetzgeber einschränkenden Gehalt bekommen ⁴⁹⁾.

Der liberale Gehalt des Rechtsgutsbegriffs spiegelt sich noch heute in den verschiedenen vorgeschlagenen Begriffsbestimmungen wieder. Unter dem Begriff des Rechtsguts wird u.a. "ein von der Gesamtheit oder den maßgebenden Schichten der staatlichen Gemeinschaft anerkanntes Interesse" ⁵⁰⁾ verstanden, "jeder erwünschte soziale Zustand, den das Recht vor Verletzungen sichern will," ⁵¹⁾ "ein rechtlich geschütztes besonderes Lebensgut ..., an dessen Erhaltung die Gemeinschaft ein Interesse hat und das entweder dem Einzelnen oder der Gesamtheit als Träger zugeordnet werden kann," ⁵²⁾ "werthafte Zustände, die durch menschliches Verhalten verändert und deshalb auch durch strafrechtliche Regelungen vor solchen Veränderungen bewahrt werden können." ⁵³⁾

47) Binding, Die Normen und ihre Übertretungen, I S. 353

48) v. Liszt ZStW 6, S. 663 und 8, S. 151

49) Sina aaO. S. 47 ff.; Rudolphi aaO. S. 155

50) Maurach AT S. 213

51) Welzel Lb. S. 4

52) Jescheck AT S. 194

53) Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, S. 13

Ein so umschriebener Rechtsgutsbegriff umfaßt den persönlichen Bereich, der nach der geschichtlichen Erfahrung der Bedrohung besonders ausgesetzt ist. Ein hervorragendes Beispiel bieten dafür die staatlichen Grundrechte, die das Gemeinwesen für sich geschaffen hat, um dem einzelnen ein rechtliches Mindestmaß gegenüber den vielen anderen einzelnen zu gewährleisten. Für die Bestimmung des Rechtsgutsbegriffs ist entscheidend auf die menschliche Verhaltensweisen abzustellen, die das gedeihliche Zusammenleben in der Gemeinschaft beeinträchtigen oder gefährden. Soweit von irgendwelchen Verhaltensweisen Störungen auf die tatsächlichen Gegebenheiten des ersprießlichen Zusammenlebens in der Gemeinschaft ausgehen, ist diesen Gegebenheiten sozialwerthafte Bedeutung beizumessen. Je störender gewisse Verhaltensweisen für den Bestand der sozialen Ordnung sind, desto mehr muß der Gesellschaft an der Beachtung und Erhaltung bestimmter Gegebenheiten als sozialwerthafte gelegen sein. Von daher erhält der Rechtsgutsbegriff seinen Inhalt ⁵⁴⁾. Dabei spielt das geschichtlich geistig-kulturelle Wertempfinden der Gesellschaft eine besondere Rolle ⁵⁵⁾. Das Wertverständnis der Gesellschaft ist nicht starr sondern wechselnd und dem Einströmen zeitgebundener Wertauffassungen geöffnet. Im 20. Jahrhundert wandelt sich das gesellschaftliche Werturteil "mit seinen Ab- und Umwertungen, seinem Hosianna und Cruzifige, seinen unendlichen geistigen Fluktuationen" erfahrungsgemäß schnell ⁵⁶⁾.

54) Rudolphi in Honig-Festschrift S. 156 ff.; Jäger aaO. S. 6; Roxin JuS 1966, S. 382; Otto in Annales Universitatis Saraviensis Bd. 61 (1971), S. 1 ff.; Arndt, 47. DJT, Bd. II, Teil J, S. 5 ff.; zweifelnd Jescheck AT S. 194

55) Bockelmann, Gedächtnisschrift für Radbruch, S. 257 Anm. 22

56) Forsthoff in Epirrhosis (Festgabe für C. Schmitt), I, S. 209; ähnlich für den Bereich des Strafrechts siehe die Auseinandersetzung in der Frage der Abtreibung, Maurach AT, § 19 II A, S. 214; aufschlußreich ist insoweit auch die Materiale Wertethik Max Schelers, in der er die altgermanische Rechtsordnung, der zufolge Totschlag weniger schlimm war als Diebstahl, auf den Wertgegensatz von Mut und Feigheit zurückführte, Der Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertethik, S. 313

Die Entwicklung des Rechtsguts ist heute dadurch gekennzeichnet, daß Rechtsgüter nicht mehr als starre Werte, sondern als Zustände innerhalb eines sozialen Zusammenlebens begriffen werden, an deren Erhaltung die Gemeinschaft ein besonderes Interesse hat. Im Vordergrund des Rechtsgutsbegriffes stehen nicht etwa Leben, Eigentum und Gewahrsam als Museumsstücke, sondern die vielfältigen Lebensbeziehungen zu bestimmten tatsächlichen Gegebenheiten, in denen sich der einzelne mit Billigung durch die Rechtsgesellschaft entfaltet. Leben, Freiheit und Eigentum sind nicht nur "da", vielmehr stehen sie im Mitsein mit anderen "in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen empfangend."⁵⁷⁾ Eigentum und Gewahrsam sind als solche wertlos, ihre entscheidenden Wertgesichtspunkte erhalten sie erst durch die tatsächliche bzw. rechtliche Einwirkungsmacht in dem jeweiligen Lebensvorgang⁵⁸⁾.

Die Rechtsgesellschaft muß ein lebenswichtiges Interesse an der Verwirklichung und Erhaltung der von ihr als werthaft anerkannten Zustände haben. Sie muß dementsprechende Gebote und Verbote an die Rechtsgenossen richten. Mit diesen Geboten und Verboten fordert die Gesellschaft das ihrem Interesse entsprechende Verhalten⁵⁹⁾. Die Ge-

57) Welzel ZStW 58 (1939) S. 490, 515; ebenso Schaffstein ZStW 72 (1960) S. 370

58) Roxin JuS 1966, S. 381 r.Sp.; Welzel Lb. S. 4; Rudolphi in Honig-Festschrift S. 164; Rechtsgüter sind "...unverzichtbare und deshalb werthafte soziale Funktionseinheiten"; Otto aaO. S. 8; Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, S. 103 ff.; Maurach AT S. 215

59) Die Gesamtheit der Gebote und Verbote wird seit Binding und M.E. Mayer Normen genannt; Binding, Normen S. 108, 134: "Die Norm schafft die rechtswidrige, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung;" M.E. Mayer, Rechtsnormen und Kultur-normen, Straf.Abh. 50, S. 16, ders. Lb. S. 51; dazu Maurach AT S. 220; Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 280, 281

sellschaft kann die für das Zusammenleben in der Gemeinschaft als unentbehrlich anerkannten Beziehungen zu bestimmten tatsächlichen Gegebenheiten nur dadurch nachhaltig bewirken, indem sie, wenn andere Mittel und Möglichkeiten versagen, an die Befolgung und Nichtbefolgung der Gebote und Verbote empfindliche Rechtsfolgen knüpft.

An die bloße Rechtsgutsverletzung als solche bzw. an die bloße Verursachung eines Erfolges vermag die Rechtsgesellschaft noch keine Rechtsfolgen knüpfen. Die rechtsgutbezogene Handlungsweise ist als solche wertfrei und beinhaltet kein Unwerturteil. Es muß hinzukommen, daß die rechtsgutbezogene Handlung in der Art und Weise ihrer Begehung als verwerflich gekennzeichnet ist ⁶⁰⁾. Die Rechtsgesellschaft verwirft eine Handlungsweise, wenn sie sich gesellschaftsschädlich auswirkt, d.h., wenn der Wille eines Rechtsgenossen den Geltungskreis eines Rechtsgutes rechtspflichtwidrig mißachtet ⁶¹⁾. Das ist der Fall, wenn sich die Verletzung oder Gefährdung "in den Gesamtbeziehungen der sozialen Verflechtung schädlich" auswirkt ⁶²⁾. Schädlich ist ein so unerträgliches - weil gefährliches - Beispiel antisozialen Verhaltens, daß die Rechtstreue und der Rechtsgehorsam der Gesellschaft erschüttert würden, wenn die Mißachtung grundlegender Wertentscheidungen ungeahndet bliebe ⁶³⁾. Der strafrechtliche Rechts-

60) u.a. Stratenwerth AT, Rd. Ziff. 52; Jescheck AT, S. 6

61) zur Verschiebung der Rechtsgutsverletzung zur Rechtspflichtverletzung siehe Gallas in Gleispach-Festschrift, S. 50; Klee DStR 1936, S. 1 und Schaffstein DStR 1937, S. 335

62) Maurach AT, S. 222, 225

63) v. Liszt-Schmidt, Lb. des Dt. Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 176; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, S. 35; Hegler ZStW 36 (1915), S. 31; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 26; zur Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit siehe u.a. Jescheck AT, S. 176 und Roxin JuS 1964, S. 375 einerseits und andererseits Maurach AT, S. 292 sowie Gallas ZStW 67, S. 20; Heinitz, Probleme der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafr. Abh. Heft 211, S. 19

gutsschutz kann sich somit immer nur mit sozial unwertigen rechts-
gutbezogenen Handlungen befassen.

Das Sinngefüge des strafrechtlichen Rechtsgutsschutzes erhält mithin
seine inhaltliche Ausfüllung von den jeweiligen Wertvorstellungen
der Rechtsgesellschaft und von dem Zweck, nur solche Verhaltenswei-
sen zu unterbinden, von denen Störungen und Beeinträchtigungen sozial-
werthafter Zustände ausgehen. Das bedeutet für die vom Gesetzgeber
zu schaffende Schutzvorschrift, daß sie die gegenständliche Umschrei-
bung der für das Sozialgefüge besonders gefährlichen Verhaltensweisen,
die die Rechtsgesellschaft vermieden und an die sie notfalls die schärf-
sten Zwangsmaßnahmen geknüpft wissen will, enthalten muß⁶⁴⁾. Das
heißt aber auch, daß die Gesetzesvorschrift auf das vom Gesetzgeber
angestrebte Ziel hin - Schutz eines bestimmten Rechtsgutes gegen be-
stimmte Angriffe - auszulegen ist⁶⁵⁾.

Der strafrechtliche Rechtsgutsschutz muß zwangsläufig noch eine weitere
Eigenart enthalten, die von seinem Sinn und Zweck als Schutzordnung
nicht zu trennen ist: Die Gebote und Verbote der Rechtsordnung blei-
ben dem Wechselspiel des Lebens unterworfen. Sie können sich nicht
von den Wertvorstellungen ablösen, denen sie ihre Entstehung und Gel-
tung verdanken. Sie können keine bedingungslose Geltung in allen
denkbaren Wertstreitigkeiten beanspruchen. Grundsätzlich bezweckt jede
Norm den wertenden Schutz eines bestimmten Rechtsgutes⁶⁶⁾. Das kann

64) statt vieler Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 16; Kern
ZStW 64 (1952), S. 262; Jescheck AT, S. 6 und 185

65) Maurach AT S. 216; Baumann AT S. 124, 136; Hanack, 47. DJT,
Bd. I, Teil A, S. 32 ff.; Roxin JuS 1964, S. 375; Schönke-
Schröder, Vorbem. 6

66) Maurach AT, S. 295; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand,
S. 48 ff.

nur für den vom Gesetzgeber ins Auge gefaßten Regelfall gelten, nicht aber auch für den Ausnahmefall.

Es sind von dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge abweichende besondere Fallgestaltungen möglich, in denen ein sozial wertvoller Erfolg den Normschutz des angegriffenen Rechtsgutes zurückdrängt⁶⁷⁾. Das kann darin seine Ursache finden, daß im Einzelfall im Hinblick auf die in Frage stehenden Rechtsgüter nach den Wertvorstellungen der Gemeinschaft von dem beachteten Rechtsgut ein dringlicherer Achtungsanspruch ausgeht als von dem verletzten Rechtsgut⁶⁸⁾ (z.B.: der X nimmt dem Y dessen neuen Wagen weg, um einen Schwerverletzten ins Krankenhaus zu fahren; ein Arzt durchfährt die Einbahnstraße in verkehrter Richtung, um letztmögliche Hilfe zu leisten; ein Omnibusfahrer sucht wegen starker Kopfschmerzen einen Facharzt auf, der einen Gehirntumor diagnostiziert mit der Möglichkeit jederzeitiger Bewußtseinsstörung, daraufhin erstattet der Arzt Meldung bei der Straßenverkehrsbehörde).

In den angeführten Fällen ist der von dem jeweils vorgezogenen Rechtsgut ausgehende Achtungsanspruch deshalb dringlicher, weil das beachtete Rechtsgut gegenüber dem Verletzten höherwertig ist oder der drohende Schaden geringer ist als der durch das Nichteingreifen mit Sicherheit entstehende. Natürlicherweise muß das folgerichtige Wertdenken dahin gehen, daß das jeweils höhere Interesse sich gegenüber dem niederen durchsetzt und dessen bestehenden Schutz mißachtet⁶⁹⁾. Die Rechtsgesell-

67) Jescheck AT, S. 189, Schmidhäuser in Engisch-Festschrift, S. 450

68) Schmidhäuser AT, S. 226

69) C. Schmitt, Die Tyrannei der Werte in: Säkularisation und Utopie, Ebracher Studien 1967, S. 37 und 57 Fußn. 57

schaft kann deshalb nicht jeden Widerspruch gegen ihre Gebote und Verbote mißbilligen und mit einem Umwerturteil belegen. Sie darf nicht ausschließlich Verbote und Gebote erlassen, sondern sie muß auch Erlaubnissätze kennen, die unter ganz bestimmten Voraussetzungen als Rechtfertigungstatbestände die Gebote und Verbote aufheben⁷⁰⁾.

2. Das Verhältnis der Norm zum Rechtfertigungsgrund

Während die Norm von der Werthaftigkeit des Rechtsgutes ausgeht und wegen der Wertwidrigkeit seiner Verletzung daran Rechtsfolgen geknüpft wissen will, erfaßt der Rechtfertigungsgrund den Wert einer anderen Gutsbeachtung, indem er die Feststellung trifft, daß diese Gutsbeachtung gegenüber dem von der Norm verlangten Rechtsschutz wertvoller ist, und die Gutsbeachtung der im Regelfall als wertwidrig abzuwendenden Gutsverletzung vorgeht⁷¹⁾. Obwohl die Handlung als solche einer Verbotsnorm widerspricht, erlaubt die Rechtsordnung ausnahmsweise die Verletzung oder Gefährdung eines von ihr sonst geschützten Rechtsgutes um höherer Interessen willen. Die Rechtfertigungstatbestände erfahren mithin ihre inhaltliche Ausfüllung durch den Widerstreit von Rechtsgütern und Rechtspflichten in dem besonderen Einzelfall⁷²⁾. Die Rechtsordnung ist nicht nur als eine förmliche Aneinanderreihung von Verboten und Geboten zu verstehen, sondern als ein lebendiges Wertgefüge, das mit den innewohnenden Wertstreitigkeiten fertig zu werden hat. Die Frage der Rechtfertigung

70) Noll, ZStW 77 (1965), S. 8; Welzel Lb. 80; Jescheck AT, S. 241

71) Schmidhäuser AT, S. 226

72) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 50, 51

ist deshalb den Geboten und Verboten vorgegeben und findet ihre Lösung in dem "Grundgedanken des Rechts als Schutzordnung" ⁷³⁾. Wert und Unwert dieser Lösung richtet sich nach dem von der Rechtsgesellschaft erwünschten Erfolg.

Die Rechtfertigungstatbestände sind nicht etwa nur eingeschränkt unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, verbotenes Verhalten zu rechtfertigen, sondern sie verfolgen weiterreichende Zwecke, indem sie die "sozialethische Wertung" ⁷⁴⁾ der Rechtsgesellschaft verwirklichen ⁷⁵⁾. Die Rechtfertigungstatbestände enthalten eine übergreifende Wertung, die bei außergewöhnlicher Interessenlage dem Wertgehalt der Norm vorgeht. Da das nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge schutzwürdige Rechtsgut in dem besonderen Ausnahmefall schutzunwürdig geworden ist, kann die Norm nicht weiter darauf bestehen, die aus ihr folgende Schutzwürdigkeit dennoch aufrechtzuerhalten. Der auf den Regelfall bezogene Normschutz anerkennt den Vorrang des außergewöhnlichen Einzelfalles und beansprucht von vornherein nur bedingte Geltung. Dementsprechend sinkt die jeweilige Schutzvorschrift zu einer leeren, ihres sinnvollen Inhalts beraubten Hülse herab ⁷⁶⁾. Soweit eine Rechtfertigungslage besteht, wird die jeweilige Schutzvorschrift ihrer Schutzaufgabe entkleidet. Die Folgeerscheinung beim Gegebensein eines Rechtfertigungsgrundes ist stets die gleiche ⁷⁷⁾.

73) Graf zu Dohna, Verbrechenslehre, S. 30, 31; Schmidhäuser, AT, S. 229

74) Mezger-Blei, AT, S. 155

75) Jescheck, AT, S. 241

76) Maurach, AT, S. 223, 296

77) Maurach, AT, S. 297

Der Sinn und Zweck des strafrechtlichen Rechtsgutsschutzes läßt sich also nur dann vollständig erfassen, wenn das Verhältnis von Norm zu Rechtfertigungsgrund einbegriffen wird. Es bleibt dabei, daß das Strafrecht nur gegen bestimmt geartete Angriffe Schutz gewährt und daß sich der Rechtsgutsschutz auf die von der Rechtsgesellschaft verpönten Angriffsformen beschränkt. Aber für den Fall des Interessenwiderstreits empfindet die Rechtsgesellschaft das rechtsgutbezogene Verhalten eines Rechtsgenossen nicht als sozialwidrig, sondern als angemessen und richtig, denn es entspricht ihren Wertvorstellungen. Soweit Verhaltensweisen die Kennzeichnung der Gesellschaftsschädlichkeit fehlt, erschöpft sich der Schutzzweck der betreffenden Vorschrift. Für die Frage nach dem Gesetzeszweck ist deshalb nicht nur die Erkenntnis des geschützten Rechtsgutes bedeutsam, sondern es ist insgesamt zu prüfen, ob die in Frage stehende Verhaltensweise überhaupt sozialschädlich ist oder ob sie womöglich im Gegenteil sozialwerthaft ist⁷⁸⁾. Sozialwerthaft ist beispielsweise eine Sachbeschädigung, wenn sie zur Rettung eines Menschen aus Lebensgefahr erfolgt, oder ein Geheimnisbruch, wenn er zur Abwendung eines Justizirrtums erfolgt.

78) siehe dazu vor allem die Auseinandersetzung Bindings mit Beling, Normen, II, S. 161 und 230 Anm. 6: die Rechtswidrigkeit müsse "das unentbehrlichste Tatbestandsmerkmal jeder verbotenen Handlung sein," nicht die Tötung sondern die verbotene Tötung bilde den Tatbestand, so daß es "wissenschaftlich wertlos" sei, "Tatbestände aufzustellen, die zugleich solche rechtmäßiger wie rechtswidriger Handlungen sein können"; in diesem Sinne Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, S. 181; zum Meinungsstreit siehe Nagler in Binding-Festschrift, II, S. 273, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit; Hardwig, Die Zurechnung, S. 115; Engisch, DJT-Festschrift 1960, S. 401; Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, S. 19; Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, S. 31/32

Von diesem Ergebnis her leuchtet ein, daß jede Schutzvorschrift bereits da eingegrenzt ist, wo ihr nach den tatsächlichen Gegebenheiten einer Rechtfertigungslage ein überwiegendes Interesse entgegensteht. Die Rechtsgesellschaft kann überhaupt kein Interesse daran haben, einen Wert länger zu schützen, den sie als schutzunwert erkannt hat. Weil der Rechtsbefehl sonst in Widerspruch zu den Wertvorstellungen der Rechtsgesellschaft stünde, muß die Schutzvorschrift insoweit weichen⁷⁹⁾.

3. Die Rechtfertigung der Verletzung des Geheimnisses

Soweit es in einem Sachverhalt um die Offenbarung des anvertrauten Geheimnisses trotz entgegenstehender Pflicht zum Schweigen geht, kommt es nach dem Gesetzeswortlaut darauf an, ob die Offenbarung "unbefugt" im Sinne des gesetzlichen Verbotstatbestandes ist⁸⁰⁾. Das Tatmerkmal unbefugt kennzeichnet das allgemeine Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit⁸¹⁾. Soweit eine Erlaubnis, ein Recht oder eine Pflicht zur Mitteilung besteht, ist die Offenbarung befugt.

Eine Pflicht zur Offenbarung hat der Gesetzgeber da festgesetzt, wo

79) zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, S. 115: "Berechtigte Interessen zu schützen, ist die Rechtsordnung berufen. Nur insoweit es berechtigt ist, darf also das Verlangen des Einzelnen auf Rechtsschutz Anspruch machen."

80) Kahl ZStW 29 (1909), S. 355; siehe hierzu die Auseinandersetzung in der älteren Literatur bei Mittermaier ZStW 21 (1901), S. 220 und Jellinek in MonKrimpsych. u. Strafrechtsref. III. Jhg. (1909), S. 760; siehe im übrigen die Zusammenstellung bei Bohne-Sax, Deutsche Landesreferate zum III. Internat. Kongreß für Rechtsvergl. 1950, S. 934 ff.

81) statt vieler Jagusch LK § 300 Anm. 5

eine unmittelbare Gefährdung lebenswichtiger Interessen der Gesellschaft besteht. So hat der Arzt bei bestimmten gefährlichen Krankheiten einer Offenbarungspflicht gegenüber den zuständigen Gesundheitsbehörden nachzukommen (u.a. § 3 ff. BSeuchG)⁸²⁾. Weiter erkennt das Gesetz eine Schweigepflicht dann nicht an, wenn der Berufsgeheimnisträger von dem Vorhaben oder der Ausführung ganz besonders schwerer Straftaten erfährt - hier besteht grundsätzlich eine Anzeigepflicht (§ 138 StGB) - wobei für Rechtsanwälte und Ärzte unter bestimmten Voraussetzungen eine Befreiung von Strafe gewährt wird (§ 139 III 2 StGB). Ferner ist in gewissen sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten eine Auskunftspflicht gegenüber den zuständigen Sozialversicherungsträgern vorgesehen (§§ 1543 d und 368 a - g RVO)⁸³⁾. Die Auskunftspflicht erstreckt sich auf die Behandlung und den Zustand des Kranken und dient dem Zweck, die Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers zu bemessen⁸⁴⁾.

Mit diesen spärlichen Ausnahmeregelungen ist der Kreis der vom Gesetzgeber ausdrücklich als befugt zugelassenen Offenbarungen im wesentlichen schon erschöpft. Damit sind aber längst nicht alle denkbaren Wertstreitigkeiten erfaßt, die mit der Schweigepflicht in Zusammenhang stehen können. Soweit in allen übrigen Fällen ein Verlangen nach Offenbarung besteht, ist wieder auf das Tatmerkmal "unbefugt" zurückzugreifen. Allerdings ist dieses Wort so wenig aussagekräftig, daß es aus sich selbst heraus inhaltlicher Eindeutigkeit ent-

82) siehe die Zusammenstellung bei Spann S. 262 ff.

83) dazu Schulz GA 1962, S. 274; ders. Arztrecht für die Praxis, S. 130; Spann S. 243 ff.

84) die Vorschrift des § 106 SGG macht die Einwilligung des Patienten nicht entbehrlich; zur Schweigepflicht im Steuerrecht siehe § 177 I 2 AO; RFH 44, S. 72; Woesner NJW 1957, S. 692 Ziff. 2b; Schulz, Artrecht für die Praxis, S. 377

behrt. Es kann nur als allgemeines Werturteil verstanden werden, das noch der Wertausfüllung in dem jeweiligen Einzelfall bedarf⁸⁵⁾. Deshalb müssen für die Frage der Befugnis die Grundsätze über die Rechtfertigung maßgebend sein, namentlich die Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Interessen⁸⁶⁾. Das heißt für die hier interessierende Abwägung: der durch die Geheimnisoffenbarung entstehende Schaden muß geringer sein als der durch eine Nichtoffenbarung drohende und die Offenbarung muß sich auf das unerläßliche Mindestmaß beschränken. Einerseits leidet das Recht, andererseits das Vertrauen in die Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen.

3. Abschnitt

Stellungnahme und Zwischenergebnis

Zum Meinungsstreit um das geschützte Rechtsgut des § 203 StGB - ob Individualwert oder Sozialwert - ist zunächst davon auszugehen, daß ein soziales Interesse jedem geschützten Rechtsgut anhaftet, denn die Beachtung bestimmter Rechtsgüter ist für ein Zusammenleben

-
- 85) ob insoweit durch ein offenes Tatbestandsmerkmal vorliegt, kann hier offenbleiben; Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Mezger-Festschrift, S. 127; Kunert, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, S. 70; Welzel Lb. S. 83; Maurach AT, S. 289; Jescheck AT S. 186; Schmidhäuser AT S. 229; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, S. 7
- 86) Binding, Lb. BT, I, S. 128 sowie in Normen I S. 70; Wolff, Strafr. Abh. 46, S. 56; Finger, Vergl. Darst. BT, VIII, S. 362 Frank § 300 Anm. III; Olshausen § 300 Anm. 9; v. Liszt Lb. S. 590; abweichend zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, S. 110 ff.; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 45; BGHSt 1, S. 368; Maurach BT S. 175; Schönke-Schröder § 300 Anm. 8; LK § 300 Anm. 5; Dreher Anm. zu OLG Köln MDR 1962, S. 592; Kuhns I/788; Bockelmann bei Ponsold S. 15 r.Sp.; heute § 34 StGB

in der Gemeinschaft unerläßlich. Das soziale Interesse ist insoweit von keinem geschützten Rechtsgut zu trennen. Gerade weil es sozialwertig ist, wird es geschützt. Beispielsweise sind auch das Eigentum und die Vertragstreue sozialwerthhaft und genießen deshalb Rechtsschutz⁸⁷⁾. Im Vordergrund der Betrachtung bleibt aber dennoch das einzelne Rechtsgut als solches .

Zwar ist die Stellung der in § 203 StGB genannten Berufsgruppen in einem ganz besonderen Maße dadurch geprägt, daß ihr Wirkungskreis im Schnittpunkt von öffentlichen und privaten Interessen steht. Die dementsprechenden Interessen bzw. Lebensgüter des einzelnen sind regelmäßig auch Lebensgüter der Gemeinschaft, da das gedeihliche Leben der Gemeinschaft immer zugleich davon abhängt, daß die große Mehrheit der einzelnen Menschen unter erträglichen Umständen lebt⁸⁸⁾. Die gemeinschaftsbezogenen Lebensgüter kommen immer zugleich jedem einzelnen zugute⁸⁹⁾.

Auf der einen Seite ist dem einzelnen ein Bereich zu lassen, in dem seine Persönlichkeit wurzelt, da deren Beachtung Voraussetzung ist für die angemessene Entwicklung des einzelnen innerhalb eines bestimmten Sozialgefüges. Der Anspruch auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist gleichsam das "Quellrecht", aus dem alle übrigen Ansprüche des einzelnen fließen. Die volle Freiheit des einzelnen bei der Ausgestaltung des Verhältnisses zu seinem Arzt ist in diesen Bereich einzuordnen.

87) Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 91 Fußn. 284

88) das RG bezeichnete einmal die Ärzte und Anwälte als "Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls", RGZ 66, S. 150

89) Schmidhäuser AT, S. 24 Anm. 31

Auf der anderen Seite erfordert der Schutz der Gesellschaft und ihrer Mitglieder eine reibungslose Gesundheitspflege, die allein über eine Schweigepflicht zu erreichen ist. Ein gewisses sozialwertiges Interesse an der Gesundheitspflege kann daher nicht geleugnet werden. Soweit aber folgende Fallgestaltung zur Bestätigung für ein ausschließlich sozialwertiges Interesse an der Schweigepflicht herangezogen wird, vermag das nicht zu überzeugen:

Geht es in einem Strafverfahren darum, ob der Angeklagte eine Frau mit einer Lues angesteckt hat, so hat die Frau kein Zeugnisverweigerungsrecht, so peinlich eine Aussage für sie auch sein mag. Nur im Zivilprozeß könnte die Aussage verweigert werden, wenn die Beantwortung der Frage der Zeugin zur Unehre gereicht (§ 384 I 2 ZPO), während § 68 a StPO lediglich bloßstellende Fragen verbietet, wenn es auf diese nicht unbedingt ankommt, ohne jedoch ein Aussageverweigerungsrecht zu gewähren.

Würde dagegen der Arzt vernommen, der die Frau behandelt hat, so könnte dieser, wenn er von seiner Schweigepflicht nicht entbunden ist, die Aussage verweigern⁹⁰⁾.

Unter Hinweis auf diese Fallgestaltung wird wie folgt argumentiert: Daß die Pflicht des Arztes zur Verschwiegenheit respektiert werde, sei nur deshalb erklärlich, weil das sozialwerthafte Interesse an der Unantastbarkeit ärztlicher Verschwiegenheit nach wie vor schutzwert bleibe.

Für den Beweis eines vorrangig sozialwerthaften Interesses dürfte damit aber noch nichts Entscheidendes gesagt sein. Das zeigt ein Blick auf die gesetzliche Regelung der Beschlagnahme von Krankenpapieren (§ 97 Abs. 1 S. 3 StPO). In dem vorerwähnten Fall bestünde die Möglichkeit, die die Zeugin betreffenden Krankenpapiere zu beschlagnahmen:

90) auf diese Fallgestaltung beruft sich Lenckner NJW 1965, S. 322 I. Sp.

Das Verbot der Beschlagnahme gilt nur, wenn der Patient Beschuldiger ist. Ist er Zeuge, so dürfen beim Geheimnisträger die Unterlagen beschlagnahmt werden, auf deren Inhalt sich sein (des Arztes) Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt⁹¹⁾. Die Aufzeichnungen in den Krankenunterlagen stellen aber letztlich nichts anderes als "ein Stück zu Papier gebrachtes Gedächtnis" dar⁹²⁾. Die der Beschlagnahme zugrunde liegende Herausgabepflicht ist nichts anderes, als die "Mitteilung des für die Untersuchung Dienlichen, wenn auch nicht in Form der Rede."⁹³⁾ Die Herausgabepflicht steht im Ergebnis auf einer Stufe mit der Zeugnispflicht⁹⁴⁾. Es soll an dieser Stelle dahinstehen, ob die Beschlagnahmeregulierung insoweit eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts zuläßt⁹⁵⁾. Angesichts der Gleichwertigkeit von aufgezeichnetem und nicht aufgezeichnetem Wissen könnte man das wohl bejahen⁹⁶⁾. Jedenfalls wird aber anhand dieser Regelung deutlich, daß das von Lenckner gewählte Beispiel keineswegs den Beweis für die Unverletzlichkeit des Vertrauensverhältnisses unter dem Gesichtspunkt einer ausschließlichen Sozialwerthaftigkeit erbringt.

91) Kleinknecht § 97 Anm. 2; Löwe-Rosenberg § 97 Anm. I; Amtl. Begründung zur Neufassung des § 97 StPO in BT-Drucks., 1. Wahlp., Nr. 3713 Art. 4 Nr. 11, S. 49; OLG-Celle NJW 1963, S. 406 und 1965, S. 362

92) OLG-Celle MDR 1952, S. 376 unter Berufung auf Eb. Schmidt aaO.

93) Geyer, Lb. des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, S. 555; Zachariae, Hdb. des deutschen Strafprozesses, II, S. 174

94) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 140; Eb. Schmidt, Komm. zur StPO, § 95 Anm. I; siehe § 95 II 2 StPO

95) in diesem Sinne Rupp 46. DJT, I, Teil 3 A, S. 179; sowie das Gutachten Peters S. 132; Lenckner bei Göppinger, Arzt und Recht, S. 196; Löwe-Rosenberg § 97 Anm. I; Welp JZ 1974, S. 423

96) vgl. auch BGH NJW 1972, S. 1123

Zu dem Schutzgegenstand des ärztlichen Berufsgeheimnisses wird man daher zusammenfassend sagen können, daß die Schweigepflicht sowohl dem Schutz der Intimsphäre als auch dem allgemeinen Vertrauen in die Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen zu dienen bestimmt ist. Der Gesetzgeber hat in den Katalog des § 203 Abs. 1 StGB solche Berufsgruppen aufgenommen, die sozial bedeutsam sind, weil ihnen die Allgemeinheit ein besonderes Vertrauen entgegenbringt und ohne den Schutz dieses Vertrauens bedeutsame Individualinteressen gefährdet würden.

Im Fall eines Vertrauensbruches ist somit eine Wertung unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten vorzunehmen. Zum einen ist eine Wertung unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen. Von Bedeutung ist dabei, wieweit die nach dem Grundgesetz geschützte Privatsphäre Geltung beanspruchen kann. Zum anderen ist eine Wertung unter dem Gesichtspunkt vorzunehmen, wieweit durch eine Offenbarung das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit gewisser Berufsgruppen erschüttert werden könnte. Beides hängt von den gesellschaftlichen Gegebenheiten ab. Einem überwiegenden Teil der Krankheiten dürfte ein persönlichkeitsrechtlich relevanter Gehalt nicht beizumessen sein. Dies kann wiederum nicht ohne Rückwirkung auf die Bedeutung des allgemeinen Vertrauensschutzes bleiben. Die tatsächlichen Verhältnisse werden dann nur nach einem eingeschränkten Schutz des Arzt-Patient Verhältnisses verlangen.

Im Fall des Interessenwiderstreits stehen der Schutz des allgemeinen Vertrauens in die Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen und die im Grundgesetz garantierte Privatsphäre auf der einen Seite, während auf der anderen Seite das widerstreitende Interesse eines Dritten steht. Der private Bereich ist den Grundsätzen der Rechtsgüter- und Interessenabwägung unterworfen, so daß sich von daher eine Einschränkung des Geheimnisschutzes deshalb ergeben kann, weil diese Einschränkung sozialwerthaft ist. Unklar bleibt aber, wie sich

die Grenze erfassen läßt, bei deren Überschreiten das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit einer ganzen Berufsgruppe erschüttert werden könnte.

Zweiter Teil

Inhalt und Grenzen des § 53 Abs. 1 StPO

Im folgenden sollen die in der Frage des Berufsgeheimnisses am häufigsten Anwendung findenden Vorschriften des § 53 I Ziff. 3 StPO und § 383 I Nr. 6 ZPO gemeinsam erörtert werden, soweit es der Unterschied der beiden Verfahrensordnungen und die Gleichheit der Interessenlage gestatten. Für den Zivilprozeß ist die Sachlage insofern etwas anders, als der Staat an der Erforschung der tatsächlichen Wahrheit kein unbedingtes Interesse hat und er deshalb dieses Anliegen weitgehend den Parteien überläßt. Darüber hinaus ist im Zivilprozeß die Vernehmung der Geheimnisträger von vornherein nicht auf solche Tatsachen zu richten, in Ansehung derer die Gefahr des Geheimnisbruchs besteht (§ 383 III ZPO).

Die verfahrensrechtlichen Regelungen sollen besonders unter dem Gesichtspunkt geprüft werden, ob und inwieweit ihr Sinngehalt auf das materielle Aussageverbot bezogen ist. Dabei kommt es auf das Verhältnis einer verfahrensrechtlichen Regelung zum materiellen Recht an, wobei dem Umstand Rechnung zu tragen ist, daß materielles Recht und Verfahrensrecht im allgemeinen verschiedenen Bewertungskategorien angehören. Diese Verschiedenheit beruht auf der Zwecksetzung von materiellem Recht und Verfahrensrecht.

Dem Strafrecht ist die besondere Aufgabe zugewiesen, die Gesellschaft gegen unerträgliche Friedensstörungen mit dem dafür allein wirksamen Mittel der Strafe zu verteidigen.

Zu diesem Zweck stellt das Verfahrensrecht im allgemeinen das Handwerkszeug zur Sicherung und Durchsetzung des materiellen Rechts zur Verfügung. Es regelt den Gang eines gerichtlichen Verfahrens mit dem Zweck, den wahren Sachverhalt festzustellen und gerecht zu beur-

teilen.

Das Strafverfahrensrecht im besonderen soll zur Durchsetzung und Bewährung des materiellen Strafrechts beitragen⁹⁷⁾. Dazu sieht es gewisse Maßnahmen vor, die an der prozessualen Zwecksetzung der Wahrheitsfindung und Sicherstellung des Verfahrensablaufs ausgerichtet sind⁹⁸⁾. Man denke etwa an die körperliche Untersuchung und Beschlagnahme sowie Verhaftung und vorläufige Festnahme. Nach den Bewertungsklassen der prozessualen Zwecksetzung sind sie zulässig, mag der davon Betroffene tatsächlich unschuldig sein.

Beispielsweise erfüllen aber die körperliche Untersuchung und Festnahme die Merkmale der Körperverletzung und Freiheitsberaubung. Das materielle Strafrecht verbietet solche Handlungen grundsätzlich, denn sie sind so gefährliche Beispiele gemeinschaftswidrigen Verhaltens, daß zum Schutze des Sozialgefüges die Gegenwirkung mit Strafe notwendig und angemessen erscheint.

Was verfahrensrechtlich erlaubt ist, kann nicht zugleich strafrechtlich verboten sein. Die prozessualen Maßnahmen wirken deshalb nicht nur innerhalb des prozessualen Vorgangs sondern sie wirken darüber hinaus und haben außerprozessuale Wirkung. Dabei kommt dem Verfahrensrecht eine sog. "Doppelfunktionalität" zu⁹⁹⁾. Unter den Voraussetzungen einer Verhaftung wirkt die verfahrensrechtliche Maß-

97) u.a. Kleinknecht Einl. 1b

98) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 54 ff.; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 147; siehe vor allem die Zusammenfassung von Eb. Schmidt, Lehrk. zur StPO u. zum GVG, Teil I, 2. Aufl. 1964, S. 46 ff.

99) Der Begriff der "doppelfunktionellen Prozeßhandlung" ist weitgehend von Niese entwickelt, siehe oben Anm. 98

nahme auf den außerprozessualen Raum in der Weise ein, daß die Rechtsgesellschaft die Freiheitsberaubung nicht als störend empfindet. Zum Zweck des Rechtsfriedensschutzes billigt sie die verfahrensrechtliche Maßnahme als notwendig und nützlich. Ohne diesen Wertgehalt würde sich der Zwang der Beschlagnahme in nichts vom Zwang des Räubers gegen sein Opfer unterscheiden. Die Gegenüberstellung von materiellen Strafrecht und Strafverfahrensrecht verdeutlicht somit, daß materielle und prozessuale Vorschriften zwar ein und demselben Ziel untergeordnet sind, aber dennoch voneinander unabhängigen Bewertungsklassen angehören¹⁰⁰⁾.

Es fragt sich, ob die Unabhängigkeit von prozessualer und materieller Bewertung auch im Verhältnis von § 53 Abs. 1 StPO zu § 203 Abs. 1 StGB besteht.

100) Die Lehre von der Doppelfunktionalität der Prozeßhandlungen wird u.a. dann von Bedeutung, wenn der Geheimnisträger im Prozeß aussagt und diese Aussage ein strafbarer Geheimnisbruch ist. Dabei ist streitig, ob die materielle Rechtswidrigkeit der Aussage ihre prozessuale Unverwertbarkeit zur Folge hat. Stellt man sich auf den Standpunkt, materielle und prozessuale Bewertung seien voneinander losgelöst, dann ist die Aussage verwertbar; im Ergebnis so die h.M.; siehe dazu die Zusammenstellung bei Welp in Gallas-Festschrift, S. 402; gegen ein solches Ergebnis erstmals Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Strafr. Abh. 46, S. 20; jetzt vor allem Lenckner NJW 1965, S. 325 sowie Welp aaO.; siehe auch Kraatz und Szewezyk, Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. 126 mit verzerrter Begründung; soweit der BGH (BGHSt 9, S. 59/62) eine Verwertbarkeit der materiell rechtswidrigen Aussage mit der Begründung gutheißt, der Richter könne die schwierige Frage der Rechtfertigung "nicht rasch und sicher genug" entscheiden, vermag dies nicht zu überzeugen; jeder Rechtsgenosse sieht sich in einer Notwehrlage vor die gleiche Frage gestellt, ob er beispielsweise von der Schußwaffe Gebrauch machen darf oder nicht; hier wird dem Rechtsgenossen auch zugemutet, "rasch und sicher genug" eine objektive Wertung vorzunehmen.

1. Abschnitt

Rechtsgut

Dem Wortlaut nach läßt sich der verfahrensrechtlichen Vorschrift entnehmen, daß der Gesetzgeber eine Ausnahme von der im Interesse aller liegenden Wahrheitsfindung und der damit verbundenen allgemein bestehenden staatsbürgerlichen Zeugnispflicht gestattet. Soweit sich der Berufsgeheimnisträger auf das Weigerungsrecht beruft, ist es dem Gericht verboten, ihn als Zeugen dazu zu vernehmen, was ihm in seiner Berufseigenschaft anvertraut oder bekannt geworden ist. Hat der Hilfesuchende den Berufsgeheimnisträger von der Pflicht zum Schweigen entbunden, so lebt die allgemeine Zeugnispflicht wieder auf. Der leitende Beweggrund eines solchen Beweisverbotes – wobei die Bezeichnung Beweisverbot lediglich als Oberbegriff gewählt wird¹⁰¹⁾ – liegt in einer Wertabwägung. Der Widerstreit von Rechtsgütern liegt in dem Zwiespalt zwischen dem Sinn einer allgemeinen Zeugnispflicht für die Mitwirkung bei der Wahrheitserforschung im Prozeß und dem Sinn der ärztlichen Schweigepflicht.

Ausgangspunkt ist, daß zum Schutze des gedeihlichen Zusammenlebens in der Gemeinschaft die Erforschung und Aufklärung von Straftaten ein bedeutendes Anliegen der Allgemeinheit ist. Für jedermann muß deshalb die Pflicht bestehen, auf Verlangen des Gerichts sein Wissen zu offenbaren. Indessen hatte sich frühzeitig die Erkenntnis herausgebildet, eine rücksichtslose Sachaufklärung um jeden Preis enthalte auch die Gefahr der Zerstörung allgemein anerkannter sittlicher Werte, so daß die Wahrheit nur insoweit anzustreben sei, als es mit anderen rechtlichen Rücksichten und sonstigen sittlichen Anfor-

101) vgl. die Verhandlungen des 46. DJT zum Thema Beweisverbote, vor allem das Gutachten Peters

derungen vereinbar sei ¹⁰²⁾. Man hatte erkannt, daß das Interesse an der Erforschung der vollen Wahrheit nicht "das einzige in der Welt vorhandene ist" ¹⁰³⁾ und mit ihm oftmals andere wichtige Interessen zusammenstoßen, so daß eines von ihnen weichen muß.

Mit einem unbedingten Zeugniszwang hätte sich der Gesetzgeber in Widerspruch gesetzt zu den allgemein anerkannten Werten, um derentwillen er die Verletzung der Schweigepflicht ausdrücklich unter Strafe gestellt sehen will ¹⁰⁴⁾. Deshalb gaben seinerzeit folgende Erwägungen den Ausschlag für die Einführung des Zeugnisverweigerungsrechts:

Dem Arzt würden als Haus- und Familienarzt derart tiefe Einblicke in das Familienleben gestattet, daß es Ehre und Pflicht gebieten würden, die in dieser Stellung erfahrenen Dinge zu verschweigen ¹⁰⁵⁾. Die mitgeteilten Geheimnisse seien ihrer Natur nach oftmals so heikel, daß es zwangsläufig ein Vertrauensbruch wäre, wenn sie ausgeplaudert würden ¹⁰⁶⁾. Seine Stellung als Arzt mache ihn naturgemäß zu einem Vertrauensmann im Sinne des Wortes ¹⁰⁷⁾. Außerdem könne sich der Hilfesuchende, um Leben und Gesundheit zu retten, allein an den Arzt wenden. Wenn der Gesetzgeber den Arzt zum Zeugnis verpflichten würde, so wäre das Vertrauen der Allgemeinheit in die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses und somit

102) Zachariae, Hdb. d. dt. Strafprozesses, I, S. 39 u. Teil II, S. 192

103) Beling Strafr. Abh. 46, S. 32/33

104) Motive S. 1735

105) Motive S. 1736

106) Motive S. 584

107) Motive S. 1520

das ärztliche Vertrauensverhältnis schlechthin gestört, mit der Folge, daß die Hilfesuchenden zur Zurückhaltung und damit im Zweifel zu einer unverhältnismäßigen Selbstschädigung gezwungen würden ¹⁰⁸⁾. Dies hätte eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung zur Folge, da eine umfassende Gesundheitspflege nicht mehr gewährleistet wäre.

Als wesentliches Merkmal der verfahrensrechtlichen Regelung läßt sich somit festhalten, daß der Gesetzgeber den durch die materielle Schweigepflicht angestrebten Erfolg, nämlich die Wahrung des Vertrauens in die Unverbrüchlichkeit des Schweigens bestimmter Berufsgruppen, noch nicht einmal durch die bedeutenden Belange der Wahrheitsfindung im Prozeß gefährdet wissen will. Die Wahrheitserforschung steht ihrerseits in einem Spannungsverhältnis zu sonstigen sittlichen und rechtlichen Wertvorstellungen und ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten ¹⁰⁹⁾. Die Wahrheitsfindung ist den Anforderungen des Rechts- und Gesellschaftsschutzes untergeordnet ¹¹⁰⁾. Das Verfahrensrecht ist nicht um seiner selbst willen da, sondern es hat sich am Wohl der Gemeinschaft, an der Achtung vor der Menschenwürde, dem Schutz der Persönlichkeit und ferner an der Zweckbestimmung gewisser Einrichtungen, die bestimmte Sicherungen bedürfen, um ihre in der heutigen Gesellschaft unabdingbaren Aufgaben wahrnehmen zu können, auszurichten. Diese Werte sind dem Gesetzgeber so wichtig, "daß sie den Belangen der Wahrheitsfindung im Falle des Widerstreits grundsätzlich vorgehen und darum innerhalb des Verfahrens Berücksichtigung finden." ¹¹¹⁾

108) Motive S. 1614, 1520

109) Löwe-Rosenberg, Kap. 12 I, S. 167 ff.

110) Gutachten Peters, 46.DJT Teil 3 A, S. 93

111) BVerfG NJW 1974, S. 357

Das Zeugnisverweigerungsrecht soll eine vorweggenommene Interessenabwägung in die Wirklichkeit umsetzen¹¹²⁾. Es bietet das Handwerkszeug zum Schutz bestimmter Werte, welche die Rechtsgesellschaft als vorzugswürdig anerkannt hat.

Die inhaltliche Übereinstimmung der materiellen Strafrechtsvorschrift mit dem verfahrensrechtlichen Zeugnisverweigerungsrecht ergibt, daß beide Vorschriften, obwohl sie verschiedenen Rechtsgebieten entstammen, im Grunde dieselbe Zielsetzung haben, da beide dasselbe Rechtsgut schützen. Das materielle Strafrecht trägt der Schweigepflicht als "Eckpfeiler des Vertrauensverhältnisses" Rechnung, indem es die Schweigepflichtverletzung unter Strafe stellt. Damit die materielle Vorschrift kein Schwert ohne Schneide bleibt, hat der Gesetzgeber ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht anerkannt, das die Wahrung der Schweigepflicht im Prozeß ermöglicht. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist nur die Absicherung eines strafrechtsschutzwürdigen Rechtsgutes auf dem Gebiet des Verfahrensrechts. Der Gegenstand der Zeugnisverweigerung deckt sich grundsätzlich mit der Schweigepflicht im Strafrecht¹¹³⁾.

112) Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Strafr. Abh. 46, S. 32/33: "Wie alles Geschehen in letzter Linie ein Kampf von Strebungen und Kräften ist, so mündet die gesamte Frage in den Notstand, die Güterabwägung ein."

113) das Zeugnisverweigerungsrecht ist jedoch "nicht die bloße und durch Interpretation zu ermittelnde Kehrseite der Verschwiegenheitspflicht", Rupp 46. DJT, S. 183; es ist durchaus möglich, daß der Geheimnisträger nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt ist, obwohl er bei Strafe zum Schweigen verpflichtet ist; Kohlhaas GA 1958, S. 65; Lenckner NJW 1965, S. 322 aber S. 326 r.Sp.; Welp in Gallas-Festschrift, S. 401 Fußn. 35; zu den damit verbundenen Unstimmigkeiten Schulz GA 1962, S. 274; Stein-Jonas § 383 Anm. I 4

Materielle und prozessuale Bewertung sind nicht etwa in dem Sinne voneinander unabhängig, daß das, was verfahrensrechtlich erlaubt ist, auch materiell anerkannt wird. Vielmehr ist die verfahrensrechtliche Vorschrift eine Erscheinungsform des materiellen Rechts¹¹⁴⁾. Die materielle Regelung des Berufsgeheimnisses wirkt als die vorrangig bedeutsame in die prozessuale Regelung hinein¹¹⁵⁾.

2. Abschnitt

Grenzen des Verweigerungsrechts nach Lehre und Rechtsprechung

Der Stand der Ansichten zu diesem Fragenkreis läßt sich mit folgenden drei Auffassungen umreißen:

- 1) Von der grundsätzlichen Auffassung ausgehend, die Schweigepflicht sei in erster Linie auf ein bedeutsames "Gemeinschaftsinteresse an Gesundheitspflege und Gesunderhaltung des Volksganzen"¹¹⁶⁾ zurückzuführen, heißt es, dieses Sozialinteresse müßte schon dann

114) Welp in Gallas-Festschrift, S. 403

115) grundsätzlich Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 56

116) dies betonen in neuerer Zeit Eb. Schmidt, Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses, S. 17; ders. JZ 1951, S. 211/213 r.Sp.; Der medizinische Sachverständige, 1961, S. 244 Anm. 24 ff.; NJW 1962, S. 1745; Flor JR 1953, S. 368; Arthur Kaufmann NJW 1958, S. 272; ders. Ärztliche Schweigepflicht und bonum commune, in: Die neue Ordnung, S. 189; Mittelbach MDR 1956, S. 565; Bockelmann in Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, S. 35/43/44; ders. Strafrecht des Arztes, S. 34/48 Anm. 46; Lenckner bei Göppinger Arzt und Recht, S. 161/194; ders. NJW 1964, S. 1187; NJW 1965, S. 327; Kohlhaas, Medizin und Recht, S. 5/15; Haffke GA 1973, S. 66; zum Teil wird diese Auffassung schon als unbestritten bezeichnet Blau NJW 1973, S. 2238 r.Sp.; ältere Literatur siehe bei Olshausen § 300 StGB

leiden, "wenn nicht die Gewißheit bestünde, daß die Vertrauensperson nicht zur Preisgabe der ihr mitgeteilten Geheimnisse gezwungen werden" könnte. Also sei es bedeutend genug, den "Geheimnisträgern ein Zeugnisverweigerungsrecht selbst dann zu gewähren, wenn die Offenbarung aus anderen Gründen rechtmäßig wäre." ¹¹⁷⁾ Daraus wird sodann weiter geschlossen:

"Ist die Geheimnisoffenbarung nach dem Güter- und Interessenabwägungsprinzip gerechtfertigt, so bleibe es der freien Entscheidung des Zeugen überlassen, ob er aussagen will oder nicht." ¹¹⁸⁾ Die zu treffende Entscheidung sei "eine rein arztethische und keine Rechtsfrage." ¹¹⁹⁾ Die Wissensentscheidung des Arztes binde das Gericht ohne weiteres. ¹²⁰⁾ "Für eine gerichtliche Entscheidung über das Ergebnis der Wissensentscheidung bleibt kein Raum," ¹²¹⁾ das Gericht habe noch nicht einmal das Recht, "eine Bekanntgabe der Gründe zu fordern." ¹²²⁾ Der Arzt könne "deshalb auch dann nicht zur Aussage gezwungen werden, wenn durch seine Zeugnisverweigerung möglicherweise ein schwerer Schaden für die Allgemeinheit entsteht und eine Offenbarung des Geheimnisses nach dem Interessenabwägungsprinzip ohne weiteres

117) Lenckner NJW 1965, S. 327

118) Lenckner aaO.

119) Kohlhaas, Medizin und Recht, S. 36; Eb. Schmidt, Komm. zur StPO, § 53 Anm. 26

120) Flor JR 1953, S. 370

121) Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1749

122) Flor JR 1953, S. 371

gerechtfertigt wäre." ¹²³⁾ Es sei allein Sache des Arztes oder Rechtsanwalts, ob er von dem Recht zur Aussage Gebrauch mache und es sei nicht etwa Sache des Gerichts, "ihn dabei in irgend einer Weise zu beeinflussen." ¹²⁴⁾ Jede Belehrung, "die mehr besagt, als daß der Zeuge nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen handeln müsse, sei prozeßordnungswidrig." ¹²⁵⁾ Eine darüber hinausgehende Belehrung würde in aller Regel für den Arzt bedeuten, daß juristische Sachkunde entweder das Gegebensein einer Schweigepflicht annimmt oder ein Zeugnisverweigerungsrecht verneint. Von einer Entschließungsfreiheit könne dann aber nicht mehr die Rede sein. ¹²⁶⁾

Schließlich heißt es, vor Erstattung der Aussage sei dem Richter ihr tatsächlicher Inhalt regelmäßig unbekannt. Er sei also vorher noch gar nicht in der Lage, zuverlässig zu beurteilen, ob eine Geheimnisoffenbarung nach dem Grundsatz der Güter- und Interessenabwägung ge-

123) Lenckner NJW 1965, S. 327; ders. NJW 1964, S. 188 Ziff. 3; in diesem Sinne Peters, Strafprozeß, § 29 V 8, S. 204; ders. 46. DJT, Teil 3 A, S. 124/126; Löwe-Rosenberg § 53 Anm. III 3 c; Kleinknecht, StPO, § 53 Anm. 1; Müller-Sax § 53 Anm. 4; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 208 Fußn. 4; Kern-Roxin S. 123; Böhne-Sax, Deutsche Landesreferate zum III. Intern. Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, S. 942; Ackermann DJT-Festschrift 1960, S. 493; Welp in Gallas-Festschrift, S. 400; Stein-Jonas § 383 Anm. I 4; Frey in Pfenninger-Festschrift S. 42; siehe im übrigen oben Anm. 79.

124) Flor JR 1953, S. 370 r. Sp.

125) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 60/61; Löwe-Rosenberg § 53 III 3 c: "Der Geheimhaltungspflichtige hat seine Entschließung in eigener Verantwortung zu treffen; dabei muß seine volle Entschließungsfreiheit gewährleistet sein, daher darf der Richter insoweit keinen Druck ausüben."

126) Eb. Schmidt, Komm. zur StPO, § 53 Anm. 26; Peters läßt eine Belehrung unter dem Gesichtspunkt der gerichtlichen Fürsorgepflicht zu, 46. DJT S. 124; KMR § 53 Anm. 5 ebenso .

rechtfertigt sei.¹²⁷⁾

2) Auch die Rechtsprechung stellt es grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen und der taktvollen Verschwiegenheit des Arztes im Einzelfall anheim, "ob er dem Richter die gewünschte Aufklärung zu geben glaubt oder nicht."¹²⁸⁾ Die "Entschlußfreiheit über die Geltendmachung seines Rechts" müsse gewahrt bleiben.¹²⁹⁾ Eine Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht sei überflüssig, denn man könne ihm unterstellen, daß er sich über sein Recht im klaren sei. Er sei allenfalls darauf hinzuweisen, daß er aussagen könne.¹³⁰⁾

Die Rechtsprechung hat aber Ausnahmen von diesen Grundsätzen zugelassen. Der zum Teil eingeschlagene Ausweg - allerdings beschränkt auf die Fälle der Schweigepflicht nach dem Tode des Patienten (z.B. Testamentsanfechtung wegen Geisteskrankheit) - geht dahin, bereits das Tatbestandsmerkmal des "anvertrauten Geheimnisses" unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung einschränkend dahin auszulegen, ob vernünftigerweise ein objektives Interesse an der Geheimhaltung anzuerkennen sei. Mit der Verneinung eines vernünftigen Geheimhaltungsinteresses soll dann nicht nur das Tatbestandsmerkmal des anvertrauten Geheimnisses sondern auch das Recht auf Zeugnisverweigerung

127) Lenckner NJW 1965, S. 327 Fußn. 40; BayLSozG NJW 1962, S. 1691 I. Sp.; Eb. Schmidt aaO. S. 61; Flor JR 1953, S. 371; Arthur Kaufmann NJW 1958, S. 273 I. Sp.

128) RGSt 19, S. 365

129) RGSt 57, S. 63

130) vgl. zu dieser Entwicklung RGSt 48, S. 269; 66, S. 273; 71, S. 21; BGHSt 9, S. 59; 15, S. 200; 18, S. 146; 21, S. 13 "der Richter hat sich jeder Einwirkung auf die Entschlußfreiheit des Zeugen zu enthalten"; RGZ 53, S. 316; OLG-Zweibrücken NJW 1968, S. 2301;

entfallen.¹³¹⁾

Das RG hat in einer vereinzelt gebliebenen - aber sehr bemerkenswerten - Entscheidung ausgesprochen, es seien durchaus höhere sittliche Pflichten anzuerkennen, vor denen die Pflicht zum Schweigen zurückzutreten habe; die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung reiche nur soweit, wie sich die Pflicht zum Schweigen erstreckt.¹³²⁾

3) Welches Unbehagen seit jeher an der Rechtslage besteht, wird an den wenigen Stimmen erkennbar, die den Gerichten zumindest das Recht zugestehen wollen, eine etwaige willkürliche Interessenwertung oder offensichtliche Fehlbewertung des Geheimnisträgers in der Weise zu berichtigen, daß ihm als Zeugen das Weigerungsrecht abgesprochen wird. Mit lebensnaher Begründung wird hier davon ausgegangen, der Geheimnisträger sei mit der ihm auferlegten alleinverantwortlichen Interessenabwägung oftmals überfordert, "da er die einer Schweigepflicht möglicherweise entgegenstehenden Interessen aus eigener Kenntnis oft gar nicht beurteilen" könne.¹³³⁾

131) OLG Hamburg OLGE 6, S. 126; OLG Dresden 13, S. 161; OLG München OLGE 23, S. 182; OLG Colmar OLGE 27, S. 98; KG OLGE 29, S. 118/120; OLG Düsseldorf MDR 1951, S. 681/682 und NJW 1959, S. 821; OLG München Bayer. Ärzteblatt 1960, S. 86/114; Augsburg NJW 1964, S. 1186;

132) RGZ 53, S. 316; siehe dazu Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung, S. 73: hier läßt "die vorhandene höhere sittliche Pflicht die Schweigepflicht entfallen. Infolgedessen (entfällt) auch die Berechtigung zum Schweigen".

133) Erdsiek NJW 1963, S. 633 r.Sp.; Seiler, Der strafrechtliche Schutz der Geheimnisse, S. 102; Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 80 ff.; grundsätzlich schon bei Finger, vergl. Darst., BT Bd. VIII, S. 366/367 Fußn. 2; Kallfelz JW 1936, S. 1343, 1346 r. Sp., Henkel, Anm. zu OLG Hamburg in DStR 1936, S. 440; in diesem Sinne jetzt auch Haffke GA 1973, S. 73 ff.

3. Abschnitt

Stellungnahme und Zwischenergebnis

Insgesamt läßt sich zum Streitstand sagen, daß willkürliche Einzel-fallentscheidungen und Stellungnahmen die Auseinandersetzung kennzeichnen, ohne daß darin ein einheitlich geordnetes Ganzes erkennbar wäre. Wohl ist allgemein anerkannt, das durch die Schweigepflicht geschützte Rechtsgut verdiene nicht gegenüber jedem anderen mit ihm widerstreitenden Rechtsgut den Vorzug, aber weiterreichende Grundsätze für die Lösung derjenigen Fallgestaltungen, in denen die Zeugnisverweigerung in Widerspruch zu den Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft steht, hat man bislang noch nicht gewiesen.

Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ist es denkbar, daß das Zeugnisverweigerungsrecht auch in einem solchen Fall des Rechtsgüter- und Interessenwiderstreits Anwendung findet, in dem ein überwiegendes Interesse an einer Aussage besteht. Dies steht zwar in Übereinklang mit dem allgemeinen Grundsatz, nach dem mangels Pflichtenstellung niemand gezwungen werden kann, zu Gunsten eines Dritten helfend einzugreifen; die Richtigkeit dessen soll nicht bezweifelt werden. Die Sachlage erscheint aber dann in einem anderen Lichte, wenn man schon vorher ansetzt und fragt, ob es im Sinn der Rechtsgesellschaft liegen kann, daß über eine gesetzliche Vorschrift überhaupt erst die Gelegenheit für Verhaltensweisen geschaffen wird, die, soweit sie dem Grundsatz der Rechtsgüter- und Interessenabwägung zuwiderlaufen, letztlich in Widerspruch zu den Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft stehen.

Das Zeugnisverweigerungsrecht trägt dem Widerstreit Rechnung, daß einerseits eine Zeugnispflicht besteht, andererseits jedoch die Wahrung des Geheimnisses geboten ist, aber beidem nicht zugleich genügt werden kann. Sinn und Zweck des Zeugnisverweigerungsrecht ist es,

die widerstreitenden Interessen zu einem objektiv gebotenen Ausgleich zu bringen. Das Zeugnisverweigerungsrecht regelt somit inhaltlich einen Pflichtenwiderstreit und ist deshalb "ein Teil der Lehre von den Rechtfertigungsgründen". Zu seiner Umgrenzung müßte daher auf die "Grundsätze" des Strafrechts über die Rechtfertigungsgründe zurückgegriffen werden können.¹³⁴⁾ Der danach gebotene Interessenausgleich läßt sich jedenfalls nicht herbeiführen, wenn unter Außerachtlassung der materiellen Rechtslage allein auf die formelle Geltung des Zeugnisverweigerungsrecht abgestellt wird.

Es müssen deshalb materielle Gesichtspunkte für die Berichtigung des Zeugnisverweigerungsrechts maßgeblich sein. Gegen den Gedanken, eine Berichtigung der Zeugnisverweigerung nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen, wenn die Aussageverweigerung unangemessen ist, wird allerdings folgender Einwand erhoben:

Das Gericht könne vor Erstattung der Aussage noch gar nicht wissen, was der Arzt aussagen wird. Also sei es vorher nicht in der Lage, zuverlässig zu beurteilen, ob eine Geheimnisoffenbarung nach dem Grundsatz der Güter- und Interessenabwägung gerechtfertigt sei, so daß sich jede Beeinflussung des Zeugen verbiete. Selbst in den Fällen, in denen eine Weigerung des Berufsgeheimnisträgers unverständlich erscheint, könne er in Wahrheit gute Gründe haben, im Interesse des Patienten zu schweigen¹³⁵⁾.

Dem soll hier entgegengehalten werden, daß der Arzt selbst mitunter weder die gesamte Sachlage noch die Tragweite seiner Ent-

134) Noll in Max Gerwig-Festgabe, S. 127

135) Lenckner NJW 1965, S. 327 Fußn. 40; siehe oben Anm. 43

scheidung überblicken können wird, und er zudem oftmals überfordert sein wird, alleinverantwortlich eine vielschichtige Interessenwertung vorzunehmen¹³⁶⁾. In den für ihn zweifelhaften Fällen wird er lieber schweigen, da er sich der Gefahr einer Strafverfolgung ausgesetzt glaubt. Dabei wird man ihm "nicht allzu scharfsinnige Differenzierungen zumuten dürfen"¹³⁷⁾.

Während das Gericht nur über die Tatsachen des Geheimnisses im Ungewissen ist, sich jedoch über alle übrigen Tatsachen Aufschluß verschaffen und das Geheimnis einkreisen kann, befindet sich der Arzt sowohl bei allen übrigen Tatsachen als auch bei der rechtlichen Bewertung im Ungewissen. Das wird an folgendem Musterfall deutlich, der durchaus alltäglich ist:

Zur Feststellung der Testierfähigkeit (§ 2229 IV BGB) des im Krankenhaus verstorbenen Erblassers und damit auch zur Feststellung der Gültigkeit des vom Erblasser errichteten Testaments ordnete das Gericht u.a. die Vernehmung des Chefarztes als sachverständigen Zeugen über den Geisteszustand des Erblassers an. Der Zeuge verweigerte unter Berufung auf die ärztliche Schweigepflicht das Zeugnis¹³⁸⁾.

Man wird schwerlich bestreiten können, daß das Gericht vorher durchaus in der Lage war, zuverlässig zu beurteilen, ob die Tat-

136) das gibt letztlich auch Eb. Schmidt zu NJW 1962, S. 1749: die reinen Individualinteressen einerseits mit den widerstreitenden Interessen andererseits "wertend zu vergleichen, wird der Arzt kaum imstande sein".

137) Martin DAR 1970, S. 308 1. Sp.

138) derartige Fälle OLG Hamburg OLGE 6, S. 126; OLG Dresden OLGE 13, S. 161; OLG München OLGE 23, S. 182; OLG Colmar OLGE 27, S. 98; KG OLGE 29, S. 118, 120; OLG Düsseldorf MDR 1951, S. 681 und NJW 1959, S. 821; OLG München Bayer. Ärztebl. 1960, S. 86, 114; LG-Augsburg NJW 1964, S. 1186 mit Anm. Lenckner

sache der Geisteskrankheit der Geheimhaltung bedürfe oder nicht ¹³⁹⁾.
Freilich wird es von Fall zu Fall verschieden sein, aber es geht auch nur um den Nachweis, daß die Abwehr jedes Versuchs, eine etwaige Fehlbewertung des Zeugen zu berichtigen, unzulässig verallgemeinert.

Dabei wird nicht verkannt, daß Fallgestaltungen denkbar sind, in denen schon die Aufklärung der Frage, ob überhaupt ein schutzwertes Geheimnis vorliegen könnte, nicht ohne die vollständige Preisgabe des Geheimnisses selbst erfolgen kann. In diesen Fällen könnte man sich im Prozeß notfalls damit helfen, daß die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird, weil ein privates Geheimnis erörtert wird, dessen unbefugte Offenbarung durch den Zeugen mit Strafe bedroht ist (neuerdings § 172 Nr. 3 GVG) ¹⁴⁰⁾.

Zusammenfassend werden daher zur Problematik der verfahrensrechtlichen Vorschrift folgende Feststellungen getroffen werden können:

Mit der Anerkennung des Zeugnisverweigerungsrechts hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß das Staatsinteresse an der Erforschung der Wahrheit nicht das ausschließlich überwiegende Rechtsgut ist. Das Zeugnisverweigerungsrecht stellt ein "materiell-staatsrechtliches Leistungsverweigerungsrecht" dar ¹⁴¹⁾.

139) vgl. aber Bewer, Berliner Ärzteblatt 1960, S. 374: "Niemand weiß, was der Arzt weiß".

140) zur damaligen Auseinandersetzung u.a. Herbst NJW 1969, S. 546 Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Arztgeheimnis und Schutz der Menschenwürde; ablehnend BGHSt 23, S. 82 = NJW 1969, S. 2107; siehe auch Krauss in Gallas-Festschrift, S. 385

141) Eb. Schmidt, Lehrk. zur StPO, Nachtrag I, 1. Lfg., Vorbem. III zu §§ 52-56 StPO

Der Geheimnisträger befindet sich nicht in einem ihm vom Gesetz auferlegten Pflichtenwiderstreit. Indem ihm die verfahrensrechtliche Regelung ein Auskunftsverweigerungsrecht bezüglich der anvertrauten Geheimnisse verleiht, befreit sie ihn von der grundsätzlich bestehenden Zeugnispflicht und enthebt ihn damit des Zwanges, den Widerstreit der Rechtsgüter im Sinne der Entscheidung für die Aussage zu lösen¹⁴²⁾. Das Gesetz stellt es seiner Entscheidung anheim, ob er aussagen oder schweigen soll.

Gleichwohl sieht er sich nach wie vor der Frage gegenüber, ob er mit Rücksicht auf das ihn bindende Vertrauensverhältnis und die Werte, "um derentwillen es ein ärztliches Berufsgeheimnis gibt," schweigen soll oder mit Rücksicht auf das widerstreitende Interesse aussagen soll, ohne zu einer Antwort genötigt zu sein¹⁴³⁾.

Die Besonderheit der verfahrensrechtlichen Vorschrift liegt darin, daß sie formell auch dann in Anspruch genommen werden kann, obwohl es die Wahrung des Berufsgeheimnisses nicht erfordert. Die Inanspruchnahme der Aussageverweigerungsbefugnis kann selbst von Zufall und Willkür abhängen.

Es erscheint zweifelhaft, ob die Rechtsordnung diese Besonderheit deckt. Das gilt vor allem im Hinblick darauf, daß das Zeugnisverweigerungsrecht inhaltlich einen Pflichtenwiderstreit regelt und deshalb den Rechtfertigungsgründen zuzuordnen ist. Das Zeugnisverweigerungsrecht regelt von seinem Sinngedanken her nur einen solchen Interessenwiderstreit, in dem das Geheimhaltungsinteresse überwiegt.

142) Henkel DSStR 1936, S. 440; ders. Strafverfahrensrecht, S. 208

143) Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1749 1. Sp.

Dritter Teil

Das Verhältnis des § 53 Abs. 1 StPO zu § 203 Abs. 1 StGB

1. Abschnitt

Personelle und sachliche Diskrepanz

1. Personelle Diskrepanz

Ogleich die strafrechtlich sanktionierte Schweigepflicht ihr prozessuales Korrelat in dem Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO bzw. § 383 ZPO findet, ist für den Vergleich von materieller und verfahrensrechtlicher Vorschrift zusätzlich von Bedeutung, daß sich der Personenkreis von materieller und verfahrensrechtlicher Vorschrift nicht decken.

Die Strafprozeßordnung verleiht nicht allen Angehörigen der in § 203 Abs. 1 StGB bestimmten Berufe ein Zeugnisverweigerungsrecht; u.a. sind Psychologen, Sozialpädagogen, Sozialarbeiter, Eheberater und andere auf psychotherapeutischem Gebiet tätige Personen in der verfahrensrechtlichen Vorschrift nicht genannt. Bezüglich dieser Berufsgruppen bleibt es nach dem Gesetz bei der allgemeinen und uneingeschränkten Zeugnispflicht.

Demgegenüber könnte eingewendet werden, daß die in § 203 Abs. 1 StGB genannten Berufsgruppen sämtlich dadurch gekennzeichnet sind, daß der Erfolg ihrer Berufsarbeit wesentlich von der Begründung eines Vertrauensverhältnisses abhängt. Angesichts der Gleichheit der Interessenlage könnte es naheliegen, die verfahrensrechtliche Vorschrift mit der materiellen Vorschrift zu harmonisieren, indem allen in § 203 Abs. 1 StGB bezeichneten Berufsgruppen die Aussageverweigerungsbefugnis zugestanden wird.

Das BVerfG hat eine dementsprechende Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechts abgelehnt¹⁴⁴⁾. Anhand der Berufsgruppe der Sozialarbeiter hat es folgende Kriterien für die Aufnahme in den Katalog des § 53 StPO gefordert:

Nach dem Gesamtbild des Berufes muß die Begründung höchstpersönlicher, grundsätzlich keine Offenbarung duldender Vertrauensverhältnisse kennzeichnend sein. Zwar sei die Schaffung und Aufrechterhaltung einer Vertrauensbeziehung zwischen Klienten und Sozialarbeiter von großer Bedeutung, doch seien diese Vertrauensbeziehungen nicht typischerweise auf die Erwartung des Klienten gegründet, der Sozialarbeiter werde Tatsachen aus der Privatsphäre des Betreuten gegenüber jedermann in der Regel verschweigen. Die Berufsausübung des Sozialarbeiters biete auch noch kein geschlossenes Bild und sei weder durch Gesetz noch Berufsordnung geregelt. Der Gesetzgeber habe nur solchen Berufsgruppen eine Aussageverweigerungsbefugnis verliehen, in denen sich feste, von der Gemeinschaft gebilligte Maßstäbe dafür entwickelt haben, wo ein Berufsgeheimnis besteht und inwieweit es Schweigen gebietet. Das sei deshalb sachgerecht, weil anderenfalls keine Gewähr dafür bestände, daß von der eingeräumten Aussageverweigerungsbefugnis kein unangemessener Gebrauch gemacht werde und insbesondere das Zeugnisverweigerungsrecht nur dann in Anspruch genommen werde, wenn es die Wahrung des Berufsgeheimnisses unabdingbar erfordert und höherwertige Interessen des Gemeinwohls nicht entgegenstehen¹⁴⁵⁾.

Das BVerfG hat mit darauf abgestellt, daß die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch den Sozialarbeiter von Zufall und Willkür abhängen könne. Gleichwohl hat es nicht verkannt, daß

144) BVerfGE 33, S. 367; 38, S. 312

145) BVerfGE 33, S. 384

auch ein Sozialarbeiter in eine Lage geraten könne, in der An-
gelegenheiten der Privatsphäre seines Schützlings in offener und
vorbehaltloser Aussprache erörtert werden müssen. Für diese Fälle
folge eine Einschränkung des Zeugniszwangs unmittelbar aus dem
Grundgesetz (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG).
Die Regelung des § 53 StPO enthalte lediglich eine generalisie-
rende Aussage darüber, bei welchen Berufsgruppen das Vertrauens-
verhältnis besonders schutzwürdig sei. Der Richter sei jedoch nicht
gehindert, auch darüber hinaus den Schutz der Persönlichkeitssphäre
anhand einer fallorientierten Abwägung zu berücksichtigen.

Die Lösung des BVerfG's liegt in einer auf den Einzelfall abge-
stimmten Abwägung. Zum Teil wird die Notwendigkeit zur Achtung
des Vertrauensverhältnisses anerkannt. Dieser Notwendigkeit sei
aber dadurch Folge geleistet, daß allein nach den tatsächlichen
Verhältnissen gefragt werde. Während bei den in § 53 StPO ge-
nannten Berufen das Zeugnisverweigerungsrecht pauschal anerkannt
wird, sei bei den sonstigen in § 203 Abs. 1 StGB aufgezählten
Berufen, trotz teilweiser Gleichheit der Interessenlage, die aus-
nahmslose Geltung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht geboten.
Bei der Prüfung, ob eine Begrenzung des allgemeinen Aussage-
zwangs geboten sei, soll in die Überlegungen mit einbezogen
werden, ob "die Verfassung die nach dem Strafprozeß gegebenen
Rechtslage im Einzelfall modifiziert" ¹⁴⁶⁾. Dabei soll freilich die
generelle Geltung der typisierenden Gesetzesnorm unberührt
bleiben.

Diese Begründung wird man auch für die Lösung der Fälle heran-
ziehen können, in denen es nicht etwa um eine besondere Be-

146) BVerfGE 36, S. 211

grenzung des allgemeinen Zeugniszwangs geht, sondern in denen es umgekehrt darum geht, ob eine Ausnahme von der gesetzlichen Befreiung vom Zeugniszwang geboten ist. In den Fällen, in denen ein atypischer Widerstreit von verfassungsrechtlich geschützten Interessen besteht, der nicht unter die generalisierende Aussage des Zeugnisverweigerungsrechts paßt, wird man mit der gleichen Begründung prüfen können, ob die Verfassung die nach dem Strafprozeßrecht gegebene Rechtslage modifiziert. Was einerseits für die Grenzziehung des Zeugniszwangs gilt, müßte andererseits auch für die Begrenzung des Zeugnisverweigerungsrechts selbst gelten, insbesondere für den Vertrauensschutz.

II. Sachliche Diskrepanz

Die sachliche Unstimmigkeit im Verhältnis von § 203 Abs. 1 StGB zu § 53 StPO folgt zum Teil daraus, daß der Gesetzgeber in der Fassung des Zeugnisverweigerungsrechts von dem engeren Erfordernis des "anvertrauten Geheimnisses" im Sinne des § 203 StGB absieht und sich statt dessen mit dem weiter gefaßten Tatmerkmal "anvertraut" begnügt. Der Nachweis der Geheimniseigenschaft würde die angestrebte Zielsetzung dieser Regelung von vornherein zunichte machen, da es im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden wäre, ohne die Offenbarung einer Tatsache deren geheime Eigenschaft festzustellen. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist damit weiter gezogen, als der Geheimnisschutz in § 203 StGB reicht. Das ist Notwendigkeit, weil eine zu starke Begrenzung des Zeugnisverweigerungsrechts zu einer entsprechend starken Ausforschung führen würde, so daß der Geheimnisschutz letztlich hinfällig würde. Es soll daran erinnert werden, daß der Tatbestand des § 203 StGB ein Geheimnis in dem Sinne voraussetzt, daß der Betroffene an der Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse haben muß. Für die Frage der Schutzwürdigkeit ist darauf abzustellen, ob die Tatsache als solche nach vernünftigen Erwägungen überhaupt

der Geheimhaltung wert sein kann. Im Gegensatz dazu verzichtet die verfahrensrechtliche Vorschrift auf diese Voraussetzung, so daß ihr Schutzbereich über die materielle Regelung hinausgeht¹⁴⁷⁾.

Diese Unstimmigkeit verstärkt sich in den Fällen, in denen das persönliche Interesse an der Geheimhaltung mit den Forderungen der objektiv wertenden Rechtsordnung nicht im Einklang steht. Das materielle Recht kann in diesen Fällen die fehlgerichtete Schweigepflicht zu Gunsten des überwiegenden Interesses korrigieren. Die Rechtsgesellschaft entzieht hier ganz einfach dem persönlichen Lebens- und Geheimbereich den sonst gewährten Strafrechtsschutz, weil insoweit kein Schutzbedürfnis besteht¹⁴⁸⁾. Demgegenüber schließt das Verfahrensrecht keineswegs die Möglichkeit aus, daß demselben Rechtsgut auf dem Umweg über das Zeugnisverweigerungsrecht der materiell entzogene Rechtsschutz zuteil wird.

Die Folge dessen ist, daß ein in der Sache zusammengehörender Rechtsgutsschutz auseinanderfällt. Die verfahrensrechtliche Regelung lautet im Ergebnis auf schutzwert, während nach der materiellen Abwägung ein völlig entgegengesetzter Rechtswertunterschied besteht. Der Schutz ein und desselben Rechtsguts geht verschiedene Wege, nur weil dieser auf verschiedenen Teilgebieten der Rechtsordnung verankert ist. Das scheint aber im Ergebnis ein unversöhnlicher Wertungswiderspruch zu sein, denn es gilt doch der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung¹⁴⁹⁾. Recht und Unrecht ist auf

147) Kleinknecht, StPO, § 53 Anm. 1A

148) zusammenfassend insoweit Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 48 ff.

149) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 55; Kern, ZStW 64 (1952), S. 262; RGSt 61, S. 242/247; BGHSt 11, S. 241/244; Jescheck AT S. 244; Maurach AT S. 297/298; Mezger Lb. S. 100; vgl. hierzu neuestens den Gedanken des Rechtsmißbrauchs bei Bringewat, NJW 1974, S. 1742

allen Rechtsgebieten dasselbe, so daß die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit als Schutzordnung nur einheitlich Rechtsschutz gewähren oder versagen darf.

Als wesentlich läßt sich daher feststellen, daß die ausnahmslose Geltung des Zeugnisverweigerungsrechts zu einem nicht widerspruchsfreien Rechtsgutsschutz führen kann.

2. Abschnitt

Daraus folgende Probleme

Anhand von Fällen aus der Praxis soll gezeigt werden, in welchem Maße der verfahrensrechtlich bewirkte Rechtsgutsschutz von dem materiellen Rechtsgutsschutz abweichen kann. Zu diesem Zweck soll als erstes an die Fälle angeknüpft werden, in denen die Verletzung der Schweigepflicht allgemein anerkannt wird, sodann sollen die abgelehnten Fälle erörtert werden, um schließlich diejenigen Fälle objektiver Rechtfertigung zusammenzuziehen, in denen der Geheimnisträger von seiner Befugnis zur Aussageverweigerung Gebrauch gemacht hat.

1. Die Rechtfertigung des Geheimnisbruchs

1. Anerkannte Grundsätze

Ein überwiegendes Interesse, das zur Offenbarung befugt, hat man in den nachfolgenden Fällen bejaht. Zunächst die älteren Fälle, die sich vorwiegend an gewissen Leiden der Jahrhundertwende entzündeten, die aber durchaus wieder aktuell sein dürften¹⁵⁰⁾.

150) siehe dazu die Zusammenstellung bei Sauter S. 242, 249 und 271

Es handelte sich um einen Patienten, der an Syphilis litt und während der Behandlung seinem Arzt mitteilte, er beabsichtige zu heiraten. Der Arzt wies ihn auf die Gefahren für die Gesundheit der Braut hin und weiter darauf, die Kinder würden wahrscheinlich mit dem gleichen Leiden behaftet zur Welt kommen. An anderer Stelle wird ein gleichgelagerter Fall wiedergegeben, bei dem sogar zwei erkrankte Ärzte nicht auf den Rat ihrer Kollegen hörten, heirateten und ihre Frauen mit ihrer Krankheit infizierten¹⁵¹⁾. Die überwiegenden Stellungnahmen sprechen sich für ein Offenbarungsrecht des behandelnden Arztes gegenüber der Braut aus¹⁵²⁾, doch wurde seinerzeit auch die gegenteilige Ansicht vertreten, die Offenbarung einer schweren Erkrankung des Patienten an dessen Verlobten überschreite den ärztlichen Aufgabenkreis¹⁵³⁾.

Derartige Fälle, in denen gesundheitliche Gefahren auf Dritte ausgehen können, dürften seit der allgemeinen Anerkennung von RGSt 38, 62 i.S. für eine Offenbarung entschieden sein.

In dem damaligen Fall erfuhr ein Arzt von einer Mutter, deren Kind er geimpft hatte, daß ihre Kinder in der in demselben Haus befindlichen Wohnung zweier weiblicher Familienangehörigen verkehrten und insbesondere auch von beiden Frauen mit in das Bett genommen wurden. Der Arzt wußte, daß eine der beiden Frauen an Syphilis litt. Er "hielt es deshalb für

151) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 47 ff.; Hippe GA 46, S. 294; Finger, Vergl. Darst., BT, VIII, S. 365

152) Kohlhaas GA 1958, S. 75; Maurach BT S. 176; LK § 300 Anm. 5 statt vieler

153) damals ablehnend u.a. Pallaske DJZ 1906, S. 294; Finger, Vgl. Darst., BT, VIII, S. 364; vgl. auch die Aussprache im Preussischen Herrenhaus, wiedergegeben bei Aschrott-Liszt, Reform des Strafgesetzbuches, 1910, S. 342; im übrigen Woesner NJW 1957, S. 694

seine Pflicht", die Mutter vor einer Ansteckung ihrer Kinder zu warnen. Er teilte ihr zu diesem Zweck mit, ihre Verwandte leide an einer "ansteckenden Krankheit" und sie möge die Kinder vor einer Berührung mit ihrer Tante hüten.

Als sie ihm hierauf erwiderte: "Ich kann es mir schon denken, was die Sau wieder hat, sie kommt ja keine Nacht vor 3-4 Uhr nach Hause und läuft jetzt auch immer zum Doktor", äußerte der Arzt weiter: "Na, wenn Sie meinen, es wäre etwas wie Syphilis, dann nehmen Sie sich in acht."

Im Ergebnis rechtfertigte das RG die Verletzung der Schweigepflicht. Zwar stützte es die Berechtigung zum Bruch der Schweigepflicht auf eine damalige Bestimmung der Ehrengerichtsordnung der Ärzte, die ihnen gewissenhafte Berufserfüllung zur Pflicht machte, wobei für das RG mit der Gedanke von Bedeutung war, mit der Unterlassung einer Warnung wäre sonst die Möglichkeit der Bestrafung des Arztes wegen fahrlässiger Körperverletzung gegeben gewesen. Eine andere Begründung war seinerzeit vom RG nicht zu erwarten, denn der Grundsatz der Güter- und Interessenabwägung fand erst sehr viel später allgemeine Anerkennung¹⁵⁴⁾. Bei Anwendung dieser Grundsätze hätte sich die Begründung dahin geändert, das Verbot einer Rechtsgutsverletzung gelte dann nicht mehr, wenn durch seine Befolgung ein wertvolleres Rechtsgut verletzt würde¹⁵⁵⁾.

Zwar versucht der Staat nunmehr die Gefahren, die der Volksgesundheit durch bösartige Ansteckungskrankheiten oder epidemisch auftretende Leiden drohen, dadurch zu steuern, daß er dem Arzt unter weitestmöglicher Schonung der Interessen der Patienten die Meldung an öffentliche Gesundheitsämter zur Pflicht macht¹⁵⁶⁾.

154) RGSt 61, S. 254

155) in diesem Sinne heute allgemein anerkannt Frank § 300 Anm. III 2; Olshausen § 300 N. 9 f, g; LK § 300 Anm. 5; Maurach BT, § 22 II B, Schönke-Schröder § 300 Anm. 10

156) dazu auch BVerfG NJW 1972, S. 1123

Der Gesetzgeber hat damit aber nur einen Teil derartiger Interessenkollisionen geregelt und nicht bindend festgelegt, daß die Offenbarung einer Krankheit durch den Arzt gegenüber dem unmittelbar bedrohten Personenkreis stets gerechtfertigt sei. Man wird jedoch den Rechtsgedanken der gesetzlichen Meldepflichten in solchen Fällen unterstützend zur Rechtfertigung heranziehen können.

Unklar ist, inwieweit die Offenbarung der in Ausübung des Berufes erfahrenen Geheimnisse bei schweren Straftaten erlaubt ist. Der Regelung des § 139 Abs. 3 StGB kann zunächst entnommen werden, daß die Anzeigepflicht bei Mord und Totschlag jedenfalls allen Geheimhaltungspflichten vorzugehen hat. Soweit im übrigen die Regelung des § 138 StGB eine Anzeigepflicht für weitere schwerste Verbrechen aufstellt, wird die Auffassung vertreten, daß die Anzeigepflicht des § 138 StGB den Geheimhaltungspflichten im allgemeinen vorgeht, wenn auch Rechtsanwälte, Verteidiger und Ärzte bei Unterlassung der Anzeige nicht zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden¹⁵⁷⁾. Daraus wird man schließen können, daß bei der üblichen Durchschnittskriminalität ein gerechtfertigter Geheimnisbruch ausscheidet. Bezogen auf die übliche Durchschnittskriminalität werden aber in der Praxis so gut wie keine Fälle bekannt, in denen eine Bestrafung wegen Geheimnisbruch erfolgt, obgleich oftmals dagegen verstoßen wird (beispielsweise bei Unfallaufnahmen in Krankenhäusern, mit anschließender Meldung an die Polizei). Eine Erklärung dafür könnte darin liegen, daß im Bewußtsein maßgebender Kreise ein rechtspolitisches Interesse an der Strafverfolgung im Vordergrund steht. Aufschlußreich für diese Entwicklung ist eine jüngere Entscheidung des BVerfG's: "Denkbar ist ferner, daß sich der Staat in Zeiten all-

157) Schönke-Schröder § 138 Anm. 14 c

gemeiner Unruhen oder um sich greifender Gewalttätigkeit genötigt sieht, zur Aufrechterhaltung einer wirksamen Strafrechtspflege dem Arzt anzusinnen, die Identität von Personen preiszugeben, die sich mit Hieb-, Stich- oder Schußverletzungen bei ihm einfinden" ¹⁵⁸⁾.

Soweit die Geheimnisoffenbarung der Rettung eines Unschuldigen vor drohender Verurteilung dienen kann, wird sie z.T. für zulässig gehalten ¹⁵⁹⁾. Es wird aber auch die Gegenmeinung vertreten, die Mitteilung an die Strafverfolgungsbehörde zur Abwendung eines der Gerechtigkeit widersprechendes Urteil gegen einen Dritten sei kein hinreichender Grund für die Durchbrechung einer bedeutenden Berufspflicht ¹⁶⁰⁾. Auch hier werden so gut wie keine Fälle bekannt, in denen eine Bestrafung wegen Geheimnisbruch jemals erfolgte, so daß man davon ausgehen können wird, daß die Gerichte insoweit stets die Geheimnisoffenbarung rechtfertigen.

Nach allgemeiner Ansicht ist die Offenbarung befugt, wenn sie zur Wahrnehmung eigener erheblicher Interessen erfolgt. So soll nach ganz herrschender Ansicht der Arzt befugt sein, zum Zweck der eigenen Verteidigung im Strafverfahren oder Disziplinarverfahren geheimzuhaltende Tatsachen preiszugeben. Soweit eine sachgemäße Verteidigung ohne die Offenbarung nicht möglich ist, dürfen die Berufsgeheimnisträger entlastende Tatsachen zu Lasten frem-

158) BVerfG NJW 1972, S. 1123

159) Ebermayer DJZ 1910, S. 1219; Kronecker in Aschrott-Liszt, Reform des StGB, 1910, S. 344; Finger, Vergl. Darst., BT VIII, S. 367 Fußn. 2; Olshausen § 300 Anm. 9, S. 1688; LK § 300 Anm. 5; Kohlhaas GA 1958, S. 74 ff.; Schulz, Arztrecht für die Praxis, S. 131, 415; Kuhns I/783; Müller MDR 1971, S. 970

160) Flor JR 1953, S. 370 I. Sp. und Anm. 17; Ackermann in DJT-Festschrift 1960, S. 494; Woesner NJW 1957, S. 694; Friedländer, Komm. zur Rechtsanwaltsordnung, Exkurs I Anm. 20 zu § 28; zweifelnd Kalsbach, Standesrecht des Rechtsanwalts, S. 323

den Geheimnisschutzes vorbringen¹⁶¹⁾. Das ist in der Rspr. u.a. für die beiden Fälle anerkannt, in denen sich ein Arzt beleidigender Angriffe auf seine Berufsausübung erwehrt und sich ein Anwalt gegenüber dem Vorwurf der Steuerhinterziehung verteidigte¹⁶²⁾.

In diesen Zusammenhang gehört die schon oben (S. 4) angeführte Myom-Entscheidung, in der sich der zur Verantwortung gezogene Arzt gegenüber dem Vorwurf der Körperverletzung verteidigen mußte, da er angeblich die Gebärmutter seiner Patientin ohne Einwilligung entfernt habe. In seiner Entscheidung gab der BGH mittelbar zu erkennen, eine Geheimnisoffenbarung seitens der als Zeugin geladenen Hausärztin wäre gerechtfertigt worden.

Sicherlich ist einzuräumen, daß die Grenzen für die Lösung eines Interessenwiderstreits oftmals fließend sind und das Feld für gegensätzliche Ansichten entsprechend weit sein kann. Wie gegensätzlich die Ansichten aber sein können, zeigen die Stellungnahmen zu dem folgenden Fall:

Eine Ärztin diagnostizierte bei einem ihrer Patienten *epilepsia nocturna*; sie erfuhr von ihrem Patienten, daß er als Führer eines Kraftfahrzeuges infolge Schrecks eine kurze Bewußtlosigkeit gehabt hatte. Sie machte daraufhin dem Gesundheitsamt mit Rücksicht auf die öffentliche Verkehrssicherheit vom Zustand ihres Patienten Mitteilung¹⁶³⁾.

161) Gutachten von Mittermaier ZStW 21, S. 218, 224; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 52; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 56; Spann S. 244; Kuhns I/783; Bockelmann, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, S. 33; Maurach BT, S. 176; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahrensrecht § 300 StGB, S. 369; Ackermann DJT-Festschrift, aaO. S. 501

162) BGHSt 1, S. 366=BGH LM Nr. 1 zu § 300 StGB und BGH LM Nr. 2; BGH MDR 1966, S. 625

163) OLG München MDR 1956, S. 565=DAR 1956, S. 305; BGH NJW 1968, S. 2288=MDR 1969, S. 40=LM Nr. 4 zu § 300 StGB mit Anm. von Händel in NJW 1969, S. 555

Soweit ersichtlich sind zu diesem Fragenkreis erst zwei Entscheidungen ergangen. Die Begründung beider Entscheidungen geht im wesentlichen dahin, bei dem Umfang des heutigen Verkehrs überwiege das Interesse daran, fahruntaugliche Personen aus dem Verkehr auszuschalten, gegenüber dem Interesse des einzelnen und der Allgemeinheit an der Geheimhaltung durch den Arzt. Der Arzt sei daher nach den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen berechtigt, die Verkehrsbehörde zu benachrichtigen, wenn der Patient mit einem Kraftwagen am Straßenverkehr teilnimmt, obwohl er wegen einer Erkrankung nicht mehr fähig sei, ein Kraftfahrzeug zu führen, ohne sich und den öffentlichen Verkehr zu gefährden. Das dürfe der Arzt aber erst dann, wenn er den Patienten auf dessen Zustand und die Gefahren aufmerksam gemacht hat und wenn sein Zureden vergeblich oder wegen der Uneinsichtigkeit des Patienten von vornherein zwecklos sei ¹⁶⁴⁾.

Die Entscheidungen stießen auf heftige Kritik. Abwehrend beschwor man sogleich eine Gefahr: der Arzt erniedrige sich zum "Büttel der Polizei", er werde zum "Denunzianten" und "Funktionär der Strafrechtspflege" ¹⁶⁵⁾. Der Verkehrssicherheit solle besser gedient sein, wenn das Vertrauen in die Verschwiegenheit des Arztes ungeboren bliebe, so daß sich auch der Kraftfahrer ohne Scheu zum

164) zustimmend Schönke-Schröder § 300 Anm. 12; LK § 300 Anm. 5; Dreher § 300 Anm. 4 A c; Lenckner in Göppinger, Arzt und Recht, S. 172/183; Martin DAR 1970, S. 302; Müller MDR 1971, S. 970; ablehnend Woesner NJW 1957, S. 692; Schulz, Arztrecht für die Praxis, S. 133; Wilts NJW 1966, S. 1837; Maurach AT S. 335, ders. zweifelnd BT S. 176; einschränkend Kohlhaas GA 1958, S. 75; ders. DAR 1957, S. 345/348; Bockelmann in Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Ärztliche Schweigepflicht und Verkehrssicherheit, S. 48

165) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 41; Mittelbach MDR 1956, S. 565, im Einzelfall wohl aber doch zustimmend; Flor JR 1953, S. 370 Anm. 17

Arzt begeben dürfe. Dagegen wurde wiederum eingewendet, es bestehe eine Fürsorgepflicht des Arztes gegenüber seinem Patienten, die auch nicht vor dessen Starrköpfigkeit halt machen dürfe. Im übrigen umfasse der Dienst des Arztes am Menschen nicht nur die Gesundheit des einzelnen sondern auch die des ganzen Volkes, so daß er unmöglich zulassen dürfe, daß der Patient sich selbst und andere zum Krüppel oder zur Leiche fahre ¹⁶⁶⁾. Der Patient verwerke dann den Schutz der Schweigepflicht.

Die Auseinandersetzung wirft ein bezeichnendes Schlaglicht darauf, wie zerrissen die Ansichten über die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses sind und wie gefühlsmäßig aufgeladen der Meinungsaustausch geführt wird. Erschwerend kommt hinzu, daß die Frage der Abwägung in weiten Teilen eine Geschmacks- und Gefühls-sache ist. Es ist nur zu verständlich, wenn seitens der Ärzteschaft von Anfang an der Ruf nach einer schärferen Fassung des Tatmerkmals "unbefugt" laut wurde ¹⁶⁷⁾. Die Unbestimmtheit dieses Tatmerkmals trägt weitgehend zur Verunsicherung ärztlicher Kreise bei, was immer dann verhängnisvoll wird, wenn Ärzte als Zeugen vor Gericht vernommen werden sollen.

Zum Beispiel:

In einer kinderreichen Familie weisen die Kinder wiederholt Spuren körperlicher Verletzungen auf. In dem Strafverfahren gegen den Vater wegen Nötigung zur Unzucht etc. verweigert der Hausarzt die Aussage über seine Wahrnehmungen bei der

166) Martin DAR 1970, S. 308; siehe auch Siegmund-Schultze, Schweigepflicht; Benachrichtigung der Verkehrsbehörde über Gesundheitszustand eines Patienten, Arztrecht 1968, S. 163

167) Finger, Vergl. Darst. BT, VIII, S. 367; Kahl ZStW 29 (1909), S. 352; Dreher JZ 1953, S. 428 r.Sp. Ziff. d

Behandlung der Kinder ¹⁶⁸⁾.

Ein Arzt rettet eine Frau vor dem Verbluten und stellt als Ursache eine unsachgemäß vorgenommene Abtreibung fest. In dem Strafverfahren gegen die gewerbsmäßige "Engelmacherin" verweigert der Arzt die Aussage (siehe hierzu auch OLG Celle NJW 1963, 406).

Wie die Lösung in solchen Fällen aussehen könnte, wird wohl stets umstritten bleiben.

Ferner gehört der Fall aus der Sozialgerichtsbarkeit hierher, in dem das Kind eines Kriegsversehrten, der Selbstmord begangen hatte, Waisenrente begehrte. Dabei war entscheidend, ob sich der Vater des Klägers im Zeitpunkt der Selbsttötung nach dem Ergebnis der Untersuchung und Beobachtung in der Nervenklinik in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand befunden habe und ob dieser Zustand noch als mittelbare und entsprechende Folge der im Krieg erlittenen Verletzungen anzusehen sei ¹⁶⁹⁾.

168) Anlässlich dieses Falles sei bemerkt, daß der Kinderschutzbund von Nordrhein-Westfalen unlängst ermittelte, daß in der Bundesrepublik jährlich etwa 600 Kinder von ihren Eltern oder Verwandten zu Tode mißhandelt, aber nur etwa 100 Fälle aktenkundig werden; vgl. auch Kohlhaas, Schwierigkeiten bei der Aufklärung von Kindesmißhandlungen, NJW 1967, S. 958; wohl nicht zu folgen Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 47 Anm. 41, der insoweit jede Schweigepflicht ablehnt; Rieger, Meldung von Kindesmißhandlungen durch den behandelnden Arzt, Dtsch. med. Wschr. 1974, S. 108; Trube-Becker, Schweigepflicht u. Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes bei Delikten gegen das Kind, Pädiatr. Praxis 1972, S. 369; Köttgen, Nicht Büttel der Obrigkeit, sondern Helfer. Eine Stellungnahme zum Problem Schweigepflicht und Kindesmißhandlung, Berl. Ärztebl. 1968, S. 134; W. Schwerd, Lb. der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, S. 96

169) BayLSozG München NJW 1962, S. 1789 ohne Tatbestand abgedruckt, der Tatbestand findet sich bei Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 22 sowie bei A. Hess, Ärztl. Mitt. (Deutsches Ärzteblatt) 1962, S. 2471; vergl. dazu §§ 38 und 45 BVerfG

Am Tatbestand der Entscheidung soll an dieser Stelle nur interessieren, daß sich der Arzt auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen hatte. An den zu der Entscheidung ergangenen Stellungnahmen soll interessieren, daß eine Verletzung der Schweigepflicht durchaus anerkannt worden wäre, selbst von der Seite, die als tragenden Werte der ärztlichen Schweigepflicht das Sozialinteresse an der Aufrechterhaltung der Volksgesundheit betrachtet und die zur Wahrung dieses Wertes jede Einwirkung auf die Entschließungsfreiheit des Arztes völlig ablehnt, sogar für den Fall, daß eine Offenbarung tatsächlich gerechtfertigt sei ¹⁷⁰⁾.

Zudem soll auf die eingangs zitierte Entscheidung des OLG Celle zurückgegriffen werden:

Der Angeklagte, ein wehrpflichtiger Soldat, wollte am 16.8. während des Fahrzeugreinigens einen Schützenpanzer wenige Meter vorfahren, um die Arbeiten besser verrichten zu können. Sein damaliger Kamerad R. erklärte sich bereit, ihn einzuweisen. Dabei gelang es dem Angeklagten nicht, den Panzer rechtzeitig zum Halten zu bringen, so daß sein Kamerad R. von dem Schützenpanzer gegen einen Lastwagen gedrückt wurde. Nachdem sich bei R. am 18.8. stärkere Schmerzen eingestellt hatten, wurde er noch am gleichen Tag in das städtische Krankenhaus eingeliefert; am 22.8. verstarb er.

Wegen der Todesursache wurden später zwei medizinische Gutachten eingeholt, für die den Gutachtern die ärztlichen Unterlagen über R. zur Verfügung gestellt wurden. Beide Gutachten enthielten gewisse widersprüchliche Angaben über den Inhalt des Aufnahmebefundes. Das erste Gutachten geht von einem dem Krankenblatt entnommenen Aufnahmebefund: "Erhebliche Abwehrspannung, Peristaltik nicht feststellbar," aus, das zweite Gutachten von folgender als "Aufnahmebefund" beschriebener Feststellung: "Keine Abwehrspannung, Darmgeräusche vorhanden."

Der Verteidiger äußerte den Verdacht, die Krankengeschichte sei vor der zweiten Begutachtung verändert worden, um einen ärztlichen Kunstfehler zu verdecken. Als er um eine Herausgabe der Krankenblätter bat, lehnte dies das Krankenhaus unter Berufung auf die Schweigepflicht ab. Das Gericht ordnete sodann die

170) Lenckner NJW 1965, S. 327; Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1749

Beschlagnahme der Unterlagen an ¹⁷¹⁾.

Es wird daran erinnert, daß Krankenblätter grundsätzlich nicht der Beschlagnahme unterliegen (§ 97 Abs. I Nr. 3 StPO). Das Beschlagnahmeverbot dient dem Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts vor Umgehung ¹⁷²⁾. In seinem Bestand ist es somit von dem Recht auf Zeugnisverweigerung abhängig ¹⁷³⁾. Das OLG Celle sah sich aber dem Rechtszustand gegenüber, daß dieses Beschlagnahmeverbot nur dann Anwendung findet, wenn der Patient Beschuldigter ist. Ist der Patient Zeuge, so dürfen die Krankenunterlagen beschlaggenommen werden, auf deren Inhalt sich die Schweigepflicht und das Zeugnisverweigerungsrecht erstrecken. Insoweit besteht für den Arzt eine "Herausholungsduldungspflicht" ¹⁷⁴⁾. Der Sinn dieser Regelung soll darin liegen, daß der Geheimnisträger nicht gezwungen werden dürfe, gegen seinen Schützling als Beschuldigter Beweis liefern zu müssen ¹⁷⁵⁾.

Das OLG Celle vermochte dieses vom Gesetz vorgezeichnete Ergebnis, das auf eine Nichtübereinstimmung von Zeugnisverwei-

171) OLG Celle NJW 1965, S. 362;
Zur Schweigepflicht der Krankenhausleitung Kleinewerfers u. Wilts NJW 1964, S. 428; Hess, Strafprozessuale Beschlagnahmebefugnis u. ärztliche Schweigepflicht, Dtsch. Ärztebl. 1972, S. 1714

172) R. v. Hippel ZStW 47, S. 523/528; Peters, Strafprozeß, S. 378

173) Kleinknecht StPO § 97 Anm. 1; Peters aaO. S. 378; Müller-Sax, § 97 Anm. 8; Löwe-Rosenberg, § 97 Anm. I, IV 8; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, § 35 B II 1a

174) Peters, Strafprozeß, S. 377

175) siehe oben Anm. 91; Welp JZ 1974, S. 423

gerungsrecht und Beschlagnahmeverbot hinauslaufen würde, nicht zu billigen, denn es stellte in seiner Begründung noch zusätzlich auf Gesichtspunkte ab, mit denen sich die gesetzliche Regelung auf den Einzelfall abstimmen ließ.

Das Oberlandesgericht griff auf die aus dem Grundgesetz abgeleiteten Beweisverbote zurück, insbesondere auf den durch Art. 2 GG gewährleisteten Schutz der Persönlichkeit und ordnete darunter das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ein. Sodann führte es aus, auch die Eigensphäre könne keine schrankenlose Geltung beanspruchen, sondern stehe unter dem Grundsatz des überwiegenden Interesses, wobei die vom Gesetz zugelassene Beschlagnahme der Krankenblätter in diesen Gesamtzusammenhang zu stellen sei und keine losgelöste Geltung für jeden Fall beanspruchen könne. Bei der in Betracht kommenden Abwägung seien vor allem das Interesse des Angeklagten, nicht schärfer als schuldangemessen bestraft zu werden, in ein wertendes Verhältnis zu dem Interesse der Allgemeinheit an der Tataufklärung sowie zu dem Schutz des Eigenbereichs des Patienten zu setzen (von einem sozialwertigen Interesse an der Verschwiegenheit des Arztes war nicht die Rede). Das Gericht sah die Offenbarung des Untersuchungsbefundes nicht als einen so tiefgreifenden Eingriff in den Geheimbereich des Verstorbenen an, daß sowohl das private als auch öffentliche Interesse an einer möglichen Entlastung des Angeklagten hätten dahinter zurücktreten müssen. Das Interesse des Angeklagten sei höher zu bewerten als die Wahrung des Vertrauens im Verhältnis Arzt - Patient und rechtfertige die Beschlagnahme. Dem dürfte zuzustimmen sein.

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten fällt auf, daß das Berufsgeheimnis verhältnismäßig großzügig gehandhabt wird. So soll es dem Arzt gestattet sein, bei der Einklagung seiner Vergütung sein Be-

gehen unter Offenbarung beruflicher Geheimnisse zu begründen¹⁷⁶⁾. In einem anderen Fall hatte sich ein Facharzt für Haut- und Geschlechtskrankheiten unter Hinweis auf das Berufsgeheimnis - vergeblich - geweigert, in das von ihm im Rahmen eines Offenbarungseidverfahrens zu erstellende Vermögensverzeichnis zu gewissen noch ausstehenden Vergütungen die Namen der betreffenden Patienten aufzunehmen¹⁷⁷⁾. Hier wurde den Gläubigerinteressen der Vorrang eingeräumt.

2. Abgelehnte Grundsätze

Hier sollen zunächst wieder die älteren Fälle vorangestellt werden.

In einem Ehescheidungsverfahren sollte der von der Klägerin als Zeuge benannte Arzt darüber aussagen, ob er den Beklagten zu einer bestimmten Zeit an frisch erworbener Syphilis behandelt habe. Die Klägerin wollte diese Aussage dazu benutzen, einen Ehebruch ihres Mannes zu beweisen und dadurch die Scheidung der Ehe zu erlangen. Der Arzt berief sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht¹⁷⁸⁾. Das RG erkannte dem Arzt das Zeugnisverweigerungsrecht mit der Begründung zu, das Interesse der Frau, ihr zur Scheidung von ihrem ungeliebten Manne zu verhelfen, sei im Vergleich zur Verschwiegenheitspflicht nicht die höhere sitt-

176) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 52 Fußn. 171 m.w.N.; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 56; ders. Arzt und Patient in der Rspr., S. 62; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 40 und 47 Anm. 40, danach soll dies schon "gewohnheitsrechtlich" anerkannt sein; Kohlhaas, Medizin und Recht, S. 31; Dreher § 300 Anm. 4 A c

177) Ebermayer, Arzt und Patient in der Rspr., S. 62; dagegen Schubart DJZ 1914, S. 822

178) RGZ 53, S. 315; OLG Hamburg OLGE 6, S. 126; nähere Ausmalung eines solchen Falles bei Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 43

liche Pflicht, so wünschenswert das Obsiegen der materiellen Wahrheit auch sei. Dabei bemerkte es aber beiläufig, es seien höhere sittliche Pflichten anzuerkennen, vor denen die Pflicht zum Schweigen zurückzutreten habe, so daß - und das ist beachtenswert - auch die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung nur soweit reiche, wie sich die Verpflichtung des betreffenden Zeugen zum Schweigen erstreckt¹⁷⁹⁾.

Auf der gleichen Ebene liegt der Fall, in dem die Klägerin behauptete, sie sei beim Geschlechtsverkehr syphilitisch angesteckt worden. Sie verlangte deshalb von dem Hausarzt des Beklagten Auskunft über die früher vorhandene Geschlechtskrankheit des Beklagten, um die daraus hergeleiteten Ersatzansprüche zu beweisen. Das OLG erklärte das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes für begründet, da die Rücksicht auf das rein materielle Interesse einer Partei am Obsiegen im Prozeß der Schweigepflicht nicht vorgehe¹⁸⁰⁾.

Das materielle Interesse einer Partei am Obsiegen im Prozeß wurde auch in dem folgenden jüngeren Fall abgelehnt:

Eine Ehefrau hegte den Verdacht, ihr bereits wegen Unzucht mit Kindern vorbestrafter Ehemann habe sich an ihren Kindern vergangen. Sie ließ eine ihrer Töchter durch einen praktischen Arzt untersuchen, der keine Merkmale einer äußeren Gewaltanwendung feststellte. Sie wandte sich daraufhin an das Jugendamt, das eine wei-

179) bzgl. des letzteren Satzes zustimmend allein Ebermayer, Arzt und Patient in der Rspr., S. 73; wenn überhaupt Stellungnahmen dazu, dann ablehnend: Lenckner NJW 1965, S. 327; Stein-Jonas § 383 Anm. I 4 Fußn. 23; Friedländer, Komm. zur Rechtsanwaltsordnung, Exkurs I Anm. 20 zu § 28

180) OLG Dresden Sächs. Arch. f. Rechtspflog. Bd. 1, S. 205 = OLGE 13, S. 161; bestätigt vom RG Sächs. Arch. 1, S. 244 = Das Recht 1906, S. 1202 Nr. 2896

tere Untersuchung durch zwei Amtsärzte des Gesundheitsamtes veranlaßte. Die beiden Amtsärzte kamen in einem Gutachten zu dem Ergebnis, eine Defloration sei wahrscheinlich. Daraufhin erstattete die Ehefrau Anzeige. In dem folgenden Strafverfahren gaben die beiden Amtsärzte als sachverständige Zeugen ihren Befund mit der daraus gezogenen Schlußfolgerung eidlich wieder. Das Gericht verurteilte den Ehemann wegen Unzucht mit seiner Stieftochter zu zwei Jahren und drei Monaten Gefängnis. Nachdem er einen Teil seiner Strafe verbüßt hatte, sprach ihn das Gericht nach durchgeführter Wiederaufnahme mangels Beweises frei. Dazu hatte es ein neuerliches Sachverständigengutachtens eingeholt. In der Begründung führte das Gericht aus, zwar bleibe weiterhin ein gewisser Verdacht bestehen, daß der Ehemann mit seiner Stieftochter irgendwelche sexuellen Erlebnisse gehabt habe, doch könnte dies auf Grund ihrer Aussage qualitativ nicht abgegrenzt werden. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß die Stieftochter defloriert worden sei. Eine Entschädigung für die erlittene Strafaft erhielt er nicht. Der Ehemann verlangte nunmehr im Wege der Amtshaftungsklage Schadenersatz, da die beiden Amtsärzte einen falschen Befund bzw. unrichtige Gutachten abgegeben hätten, daher eine Amtspflichtverletzung vorliege, die allein zur Verurteilung geführt habe. Das Gericht sah in der Verhandlung die Vernehmung der damals beteiligten Ärzte vor. Jetzt befreiten weder die Mutter noch deren Tochter die Ärzte von ihrer Schweigepflicht, so daß diese die Aussage verweigerten.

Der BGH hielt die Aussageverweigerung mit Rücksicht auf den Schutz der Geheimsphäre für begründet, da die streitigen Punkte ihren Geheimnischarakter keineswegs verloren hätten. Aus denselben Erwägungen wurde die Verwertung der in den Strafsakten

befindlichen Gutachten und Aussagen nicht gestattet¹⁸¹⁾.

Mit der Frage, ob das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozeß die privaten Geheimhaltungsbelange überwiegt, befaßt sich das BVerfG anhand des nachstehenden Sachverhalts.

Aus der Tränengaspistole des A löste sich versehentlich ein Schuß. Der Schuß verletzte B geringfügig am Auge. B drohte daraufhin dem A mit Strafanzeige, forderte von ihm größere Geldbeträge und erhielt sie auch, da er den A über die Schwere der Verletzung täuschte¹⁸²⁾.

Im Zuge der Ermittlungen wegen Erpressung gegen B verweigerte der betreffende Arzt unter Hinweis auf seine ärztliche Schweigepflicht die Angaben zur Sache. Daraufhin wurde die Beschlagnahme der Krankenkartei angeordnet.

Das BVerfG ging davon aus, daß Karteikarten mit ihren Angaben über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen den privaten Bereich der Patienten betreffen. Dieser Privatbereich sei dem Zugriff der öffentlichen Gewalt unter den Voraussetzungen der Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG entzogen. In der Beschlagnahme von Karteikarten des Beschuldigten ohne oder gegen dessen Willen liege in aller Regel eine Verletzung des dem Patienten zustehenden Grundrechts auf Achtung seines privaten Bereichs.

181) BGH NJW 1964, S. 449; vgl. im übrigen zur Haftung des vom Gericht bestellten Sachverständigen J. Blomeyer ZRP 1974, S. 214 sowie BGH NJW 1974, S. 312, 556, 595; weitere Beispiele bei Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 41 und 47 Anm. 41, 42: Meldung des Unfalls oder Herzinfarkts eines Angestellten an das Unternehmen

182) BVerfG NJW 1972, S. 1123

II. Fälle objektiver Rechtfertigung, in denen der Geheimnis- träger die Offenbarung verweigert

Zu den Fällen, in denen der Geheimnisträger die Offenbarung verweigert, jedoch eine objektive Rechtfertigung für einen Geheimnisbruch gegeben ist, wird man in Übereinstimmung mit der Rspr. die oben genannte Myom-Entscheidung (S. 64) zählen können und zum anderen auch die Entscheidung des OLG Celle (S. 68) bezüglich der Beschlagnahme von Krankenblättern. Der Interessenwiderstreit ist in beiden Fällen dadurch gekennzeichnet, daß der Schutz der Privatsphäre die Angeklagten in ihrer Verteidigung beeinträchtigt und damit deren Rechte verkürzt werden. Ohne die vollständige Aufklärung ist nicht nur das staatliche Interesse an gerechter Justizgewährung, sondern sind hauptsächlich die Rechte der betroffenen Angeklagten berührt. Berücksichtigt man diese Gesichtspunkte, so wird man nicht an dem Ergebnis vorbeikommen können, daß im ersten Fall das Interesse der Patientin an Geheimhaltung daran, ob sie die Einwilligung zur Operation zumindest schlüssig abgegeben habe, zurückzutreten hat. Auch in dem zweiten Fall wird man ein vorrangiges Interesse des Verstorbenen an Geheimhaltung seiner Verletzungen nicht mit einer außerordentlich hohen Bedeutung der Privatsphäre begründen können. Ferner könnte man hierher den Fall rechnen, in dem der ehemalige Strafgefangene nach erfolgreicher Wiederaufnahme Schadenersatz wegen unrichtiger Begutachtung gefordert hatte (S. 72). Der BGH hat zwar in diesem Fall den Schutz der Intimsphäre als höherwertig erachtet, dem sei aber die vermögensrechtliche Entscheidung gegenübergestellt, nach der die Berufsgeheimnisträger allgemein befugt sind, unter Offenbarung beruflicher Geheimnisse ihr Honorar einzuklagen. Letzteres wird u.a. damit gerechtfertigt, der Patient könne die Offenbarung durch Zahlung abwenden¹⁸³⁾;

183) Eb. Schmidt aaO. S. 52 Fußn. 171; Kohlhaas, Medizin und Recht, S. 31

die Schweigepflicht könne "nur insoweit angesonnen werden, als dadurch von dem Arzt keine unangemessene Aufopferung eigener Interessen gefordert wird" ¹⁸⁴⁾.

Stellt man allein auf die objektive Interessenlage ab, so dürfte zumindest zweifelhaft sein, ob das möglicherweise begründete finanzielle Interesse des ehemaligen Strafgefangenen an einer Entschädigung wirklich von geringeren Wert sein sollte als das Interesse eines Berufsheimnisträgers an seinem Honorar in einer ohnehin nur selten vorkommenden Streitigkeit.

Schließlich zählt hierher der Fall des BayLSozG's (S. 67). Derartige Fallgestaltungen sind nicht etwa absonderliche Ausnahmen. Man denke nur einmal an die allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Abschluß von Lebensversicherungsverträgen, nach denen für den Anspruch auf die Lebensversicherungssumme für den Fall des Selbstmordes von Bedeutung ist, ob der Selbstmord in geistiger Umnachtung oder bei klarer Einsicht begangen worden ist ¹⁸⁵⁾. Ferner wird bei Schadenersatzansprüchen gegen Dritte wegen Tötung einer unterhaltspflichtigen Person allein der Arzt als sachverständiger Zeuge über die Ursächlichkeit der tödlichen Verletzung Auskunft geben können ¹⁸⁶⁾. Nach dem BayLSozG wäre es in solchen Fällen stets in die Hand des Arztes gelegt, wer den Prozeß verlieren oder gewinnen soll ¹⁸⁷⁾, denn die Bereitschaft mit

184) Müller MDR 1971, S. 970 r.Sp.

185) § 10 Allgemeine Lebensversicherungsbedingungen, BGHZ 13, 226; siehe auch § 169 VVG; die Beweislast für den Zustand der geistigen Umnachtung obliegt dem Begünstigten

186) siehe § 844 Abs. 2 BGB, § 10 Abs. 2 StVG, § 3 Abs. 2 RHaftpfIG

187) kritisch vor allem Bosch aaO. S. 102

einer Zeugenaussage zur Wahrheitsfindung in dem Rechtsstreit der Hinterbliebenen beizutragen, hänge allein von der Bewertung durch den Arzt ab, und diese Gewissensentscheidung könne und dürfe "das Gericht dem Arzt nicht etwa dadurch abnehmen, daß es die Zeugnisverweigerung des von der Schweigepflicht nicht befreiten Arztes deshalb für unbegründet erklärt, weil seine Aussage die Ehre oder den guten Ruf des Verstorbenen nicht beeinträchtigen würde. ... Für eine gerichtliche Entscheidung über das Ergebnis dieser Gewissensentscheidung des Arztes bleibe kein Raum".

Dagegen gäbe es nur dann nichts einzuwenden, wenn man davon ausgehen könnte, daß der Geheimnisträger schon die richtige Entscheidung treffen werde. Daß dem aber nicht immer so ist, dürften die in diesem Abschnitt behandelten Fälle aufgezeigt haben.

3. Abschnitt

Mögliche Konsequenzen aus der bisherigen Betrachtung

Es läßt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, daß sich ein Arzt oder sonstiger Berufsgeheimnisträger auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft und dieser Fall nicht etwa in der grauen Zone schwimmt, in der eine Rechtfertigung zweifelhaft ist, sondern wo klar erkennbar ist, daß etwas geschehen ist, was nach Offenbarung verlangt. Sollte hier eine uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über die Schweigepflicht wirklich zu Lasten eines Überwiegenden Rechtsgutes gehen dürfen? Sicherlich ist richtig, wenn in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten wird, die Gefahr von Mißgriffen dürfe nicht dazu verleiten, die Freiheit der Ärzte bezüglich der Entscheidung über Aussage oder Nicht-Aussage aufzuheben¹⁸⁸⁾. Jede Freiheit birgt die Gefahr des

188) Flor JR 1957, S. 370 1. Sp.

Mißbrauchs in sich, es wäre aber unrichtig, die Freiheit deshalb gleich ganz abzuschaffen. Das soll nicht bestritten werden. Es soll auch nicht bestritten werden, daß eine standesethisch begründete Entscheidung in der Regel das Richtige treffen wird und daß das Geheimnis stets am besten bewahrt sein wird, "wenn der unparteiisch und gewissenhaft abwägende Arzt pflichtgemäß darüber entscheidet, ob er das ihm anvertraute geheimhalten oder offenbaren will" ¹⁸⁹⁾. Hier interessieren auch nur diejenigen Fälle, in denen die Abweichung von der Regel von erheblicher Bedeutung ist.

Es fragt sich, ob die Rechtsgesellschaft einem Dritten ansinnen darf, das Opfer einer willkürlichen Interessenabwägung zu werden, mit anderen Worten, ob die Allgemeinheit zu Lasten eines Dritten, um den Preis der freiwilligen aber möglicherweise willkürlichen Interessenabwägung auf die Wahrheitsfindung verzichten darf.

Wenn die einen Dritten benachteiligenden Auswirkungen eines Beweisverbotes selbst in den Fällen hinzunehmen sind, in denen das widerstreitende Interesse des Dritten höher zu bewerten ist als das durch das Beweisverbot bevorzugte Interesse, so würde sich schon der Sinn des Beweisverbotes in sein Gegenteil verkehren, denn das Ergebnis würde seinem leitenden Gedanken der Wertabwägung zuwiderlaufen. Unter solchen Begleiterscheinungen an einem Zeugnisverweigerungsrecht starr festzuhalten ist allenfalls Rechtens, nicht aber gerecht. Es darf nicht vergessen werden, daß die Bindung der Rechtsgesellschaft an von ihr selbst gewählte Vorschriften auf dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit beruht. Erst dadurch erhält das förmliche Recht auch seine innere

189) RGSt 71, S. 22 = JW 1937, S. 629; BayLSozG NJW 1962, S. 1791 1. Sp.

Rechtfertigung¹⁹⁰⁾. Unter diesen Gesichtspunkten mußte eine Abstimmung der verfahrensrechtlichen Vorschrift auf das materielle Recht erfolgen.

190) sehr aufschlußreich insoweit zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, S. 115: "Die Grenze also, bis zu welcher die Rechtsordnung die Offenbarung fremder Geheimnisse verbietet, ist da zu suchen, wo solches Verbot eine willkürliche und ungerechtfertigte Bevorzugung bedingter Interessen eines anderen bedeuten würde. Und es ist deshalb bei der Auslegung des Gesetzes in der Weise vorzugehen, daß die widerstrebenden Ziele und Wünsche beider Parteien und die damit kollidierenden Pflichten eines Dritten zu einem objektiv gebotenen Ausgleich gebracht werden."

Haffke GA 1973, S. 73: Es "ist nicht einzusehen, warum sich die Rechtsordnung gerade bei einem sozial derart bedeutsamen Gut wie der ärztlichen Verschwiegenheit ihrer doch zentralen Aufgabe, Interessenkonflikte zu regeln und Wertungen vorzunehmen, entziehen sollte".

Vierter Teil

Möglichkeiten und Grenzen eines Zeugniszwangs

1. Abschnitt

Anwendungsbereich

1. Der Lösungsansatz der Rechtsprechung

Der von der Rechtsprechung herausgearbeitete Ansatz zur Lösung dieses Fragenkreises bezieht sich bislang allein auf die Fallgestaltung, in der es ganz allgemein um die Schweigepflicht nach dem Tode des Patienten geht (Feststellung der Testierfähigkeit des Erblassers), und er stellt zugleich den einzigen Versuch zur Lösung eines Teils dieses Fragenkreises dar. Vorab kann gesagt werden, daß der Lösungsansatz der Rechtsprechung ersichtlich von dem Beweggrund getragen wird, über den Weg der Interessenabwägung von einer starren Handhabung des Zeugnisverweigerungsrechts loszukommen.

Das postmortale Geheimnis ist nunmehr durch § 203 Abs. 4 StGB dahin gesichert, daß nach dem Tode eine unbefugte Geheimnisoffenbarung strafrechtlich verboten ist. Die Befugnis des Patienten zur Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht ist nach allgemeiner Ansicht ein höchstpersönliches Recht, das nicht auf die Erben übergeht¹⁹¹⁾. Daraus ergibt sich, daß nach dem Tode des

191) OLG Dresden OLGZ 13, S. 161; OLG München OLGZ 23, S. 182; KG OLGZ 29, S. 118/120; RGSt 71, S. 22=JW 1937, S. 629; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 45; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 66; Jagusch LK § 300 Anm. 5; Schöнке-Schröder § 300 Anm. 9a; OLG Celle NJW 1965, S. 362; Göppinger NJW 1958, S. 241/244; Wiczorek, ZPO, § 383 Anm. C IV d 2; einschränkend Stein-Jonas, ZPO, § 383 Fußn. 84; Kohlhaas DMW 1959, S. 155

Patienten überhaupt keine Möglichkeit mehr besteht, den Arzt jemals von der Schweigepflicht zu entbinden, da der dazu allein Berechtigte nicht mehr lebt ¹⁹²⁾.

Begreiflicherweise ist die Rechtsprechung bestrebt, einen Ausweg aus dieser Lage zu finden. Zu diesem Zweck wird wie folgt begründet: Nach dem Tode des Patienten bestehe die Schweigepflicht nicht mehr in gleichen Umfang wie vorher. Zum einen deshalb nicht, weil die unbeschränkte Zulassung des Zeugnisverweigerungsrechts zum Teil wichtigste Interessen der Hinterbliebenen unberücksichtigt lassen würde, was weder im Sinne des Verstorbenen noch in dem der Angehörigen liege. Schon deshalb dürfe die Pflicht zum Schweigen nur noch soweit bestehen, wie anerkannteswerte Interessen des Verstorbenen dies erforderten und ein tatsächlicher Anhalt dafür vorliege. Was die persönlichen Eigenschaften eines Menschen anbetreffe, so würden diese nach seinem Tode in der Regel an Bedeutung verlieren ¹⁹³⁾. Beispielsweise beeinträchtige

192) RGSt 71, S. 21; Schönke-Schröder § 300 Anm. 9a; Löwe-Rosenberg Anm. III 3 b zu § 53 StPO; Wieczorek, ZPO, Anm. C IV d 2 zu § 383; Kohlrausch-Lange § 300 StGB Anm. IV; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 66; grundsätzlich so auch das BayLSozG NJW 1962, S. 1780; OLG Düsseldorf NJW 1959, S. 821; anders verhält es sich freilich, wenn sich die Schweigepflicht nur auf vermögensrechtliche Verhältnisse bezieht, dann ist das Recht zur Entbindung nicht höchstpersönlich, OLG Celle NJW 1955, S. 1844; Seuffert-Walsmann, ZPO, Anm. 6 zu § 385; siehe aber Kallfelz JW 1936, S. 1343 r.Sp., der bei mißbräuchlicher Ausnutzung der Schweigepflicht und des Zeugnisverweigerungsrechts ein gerichtliches Eingreifen für angebracht hält; vgl. auch §§ 185 IV und 121 II E 1962, wonach das Verfügungsrecht nach dem Tode des Geheimnisgeschützten auf die Angehörigen übergeht.

193) siehe hierzu auch Kohlhaas, Medizin und Recht, S. 21: "Das, was zu Lebzeiten ein liebenswertes Eitelkeitsgeheimnis gewesen sein mag," verliert im Tode jede Bedeutung

Geisteskrankheit seinen sittlichen Wert und das Andenken an ihn nicht, also sei ein Interesse an der Geheimhaltung der Geisteskrankheit nicht anzuerkennen.

Zum anderen wird begründet, das Interesse eines Geisteskranken an der Aufrechterhaltung seines Testaments sei nicht zu rechtfertigen, denn der Wille eines Geisteskranken werde von der Rechtsordnung ohnehin nicht berücksichtigt. Die entsprechenden Vorschriften seien zum Schutz des Geisteskranken geschaffen. Der Geisteskranke müsse ein Interesse an der Feststellung der Gültigkeit seiner letztwilligen Verfügung haben¹⁹⁴⁾.

So überzeugend die Begründung auf den ersten Blick scheint, soviel Vorsicht ist aber auch geboten. Abzulehnen ist, daß das Geheimhaltungsinteresse des Vertrauensgebers ausschließlich unter objektiven Gesichtspunkten danach bestimmt wird, ob vernünftigerweise ein Interesse an der Geheimhaltung anzuerkennen sei. Es ist daran zu erinnern, daß die Forderung nach einem objektiv berechtigten Geheimhaltungsinteresse nur vermeiden soll, daß bare Willkür eine belanglose Tatsache zum Gegenstand der Geheimhaltung erhebt (Magenverstimmung beim Tanz, Schnupfen etc.). Uner-

194) grundsätzlich so das KG OLGE 29, S. 118; OLG Düsseldorf NJW 1959, S. 821; zustimmend Stein-Jonas § 383 Fußn. 84 und 385 Anm. II 3a; Schönke-Schröder, § 300 Anm. 9a; Baumbach-Lauterbach § 383 Anm. 3 C d; Ebermayer, Arzt und Patient in der Rspr., S. 69; Wieczorek, ZPO, § 383 Anm. C IV d 2; zu weitgehend Staudinger § 2229 BGB Anm. 30; Keidel, FGG, § 15 Anm. 21; ablehnend BayLSozG NJW 1962, S. 1780; Eb. Schmidt aaO. S. 1740; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 39 u. 45 Anm. 31; Lenckner NJW 1964, S. 1187; ders. bei Göppinger, Arzt und Recht, S. 173 ff.; zweifelnd Karger und Peters in Hallermann-Festschrift, Probleme der Arztaussage nach dem Tode des Patienten, S. 207 mit weiteren aufschlußreichen Fallgestaltungen

heblich ist, ob die geheimzuhaltende Tatsache schädig ist und Mißbilligung verdient (Fahruntauglichkeit des Kraftfahrers, Fluguntauglichkeit des Piloten). Streng von dem objektiven Geheimhaltungsinteresse zu trennen ist deshalb das möglicherweise berechnigte Aufklärungsinteresse Dritter¹⁹⁵⁾. Beides wird in den einschlägigen Gerichtsentscheidungen nicht auseinandergehalten, denn das Tatbestandsmerkmal "Geheimnis" wird sogleich als solches den Grundsätzen der Interessenabwägung unterworfen. Aber nur über diesen Weg konnten die Gerichte die Schweigepflicht schon tatbestandsmäßig verneinen und damit auch zu dem gewünschten Fortfall des Zeugnisverweigerungsrechts kommen.

Nicht ganz zu Unrecht wird deshalb der Vorwurf erhoben, eine solche Handhabung des "Geheimnisses" gehe auf Kosten einer klar umrissenen Tatbestandsmäßigkeit¹⁹⁶⁾.

Die entscheidende Frage hat sich dahin zugespitzt, ob vernünftigerweise ein Interesse an der Geheimhaltung anzuerkennen sei. Das wird man aber nicht ohne weiteres so vorbehaltlos bejahen können, wie es teils geschieht¹⁹⁷⁾, man wird es aber auch nicht glattweg verneinen können. Das Andenken an den Verstorbenen wird gewiß berührt, wenn sich herausstellt, daß er nicht mehr fähig war, vernünftig zu handeln. Daraus folgt jedoch kein zwingendes Geheimhaltungsinteresse, denn es liegt ebenso der gegenenteilige Schluß nahe, daß dem Geheimnisherrn zur Wahrung des Familienfriedens an einer gerechten Verfügung von Todes wegen

195) u.a. Bockelmann in Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, S. 29 m.w.N.; Lenckner NJW 1964, S. 1187

196) Eb. Schmidt NJW 1962, S. 1746 r.Sp.

197) Lenckner NJW 1964, S. 1187

gelegen war und er zu diesem Zweck auf seinen körperlichen Zustand keine Rücksicht genommen wissen wollte. Ob ein Geheimhaltungswille besteht oder nicht wird also regelmäßig zweifelhaft sein.

Von Bosch stammt der Vorschlag, einen Treuhänder zur "Ausübung eines Rechtsbereichs des Verstorbenen in dessen Interesse" zu bestellen¹⁹⁸⁾. Das Zivilrecht kennt durchaus Stellvertretung in Ausübung höchstpersönlicher Rechte. Angesichts der Ausstrahlung, die von der zivilrechtlichen Entwicklung des Persönlichkeitsrechts auf das Strafrecht ausgeht, bieten sich Anleihen beim Zivilrecht an¹⁹⁹⁾. Zwar ist das Recht zur Entbindung von der Schweigepflicht ein höchstpersönliches, aber das Gesetz kennt eine ganze Reihe von Ausnahmen, in denen die Ausübung von Rechten mit vorrangig persönlichkeitsrechtlichen Gehalt auf andere Personen gleichsam stellvertretend übergeht (§§ 189 II StGB, 22 S. 2 und 3 KUG, 393 Abs. 2 StPO, 2 II FeuerbestG). Freilich ist die Rechtslage bei diesen Vorschriften insofern etwas anders, als die Angehörigen dabei immer nur im Interesse des Verstorbenen tätig werden, dagegen bedeutet die Entbindung von der Schweigepflicht immer zugleich auch eine Verfügung über höchstpersönliche Güter des Verstorbenen²⁰⁰⁾.

198) Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 99 ff

199) vgl. dazu BGHZ 15, S. 249 in Bezug auf den geistigen Nachlaß des Verstorbenen (Tagebücher der Cosima Wagner); BGHZ 26, S. 52; Otto Gierke, Dt. Privatrecht, I, S. 707; Kipp-Coing, Erbrecht, S. 409; Lange, Erbrecht, S. 45; danach ist Stellvertretung in Ausübung höchstpersönlicher Rechte durchaus zulässig; siehe auch RGZ 100, S. 173; Stein-Jonas, ZPO, § 385 Fußn. 30; Ulmer JZ 1955, S. 214 (Anm. zu BGHZ 15, S. 249) schlägt einen Testamentsvollstrecker zum Hüter des geistigen Nachlasses vor

200) den Vorschlag Bosch's ablehnend Lenckner NJW 1965, S. 324 Anm. 16

Ferner ist an die Vorschrift des § 18 I 2 BNotO zu denken, der eine weitere Möglichkeit eröffnet. Der hier interessierende Satz lautet: "Die Pflicht zur Verschwiegenheit fällt weg, wenn die Beteiligten den Notar davon befreien; ist ein Beteiligter verstorben ..., so kann an seiner Stelle die Aufsichtsbehörde die Befreiung erteilen."

Es fragt sich, ob diese Vorschrift auf andere schweigepflichtige Berufsgruppen anwendbar ist, denn die Interessenlage kann beim Arzt, Anwalt und Notar letztlich die Gleiche sein. Dasjenige körperliche Leiden, das der Patient seinem Arzt anvertraut, kann zugleich der Scheidungsgrund sein, den er mit seinem Anwalt bespricht, wie er auch der Anlaß zu einer letztwilligen Verfügung sein kann, den er seinem Notar anvertraut. Der Kreis der zum Schweigen verpflichteten Personen schließt sich hier, und die Unterschiede lösen sich auf. Es ist deshalb nicht einsehbar, warum die angeführte Vorschrift allein den Notar in die Pflicht nimmt, dagegen die anderen Berufsgruppen nicht²⁰¹⁾. Man wird dem wohl nur über eine entsprechende Anwendung auf die übrigen Berufsgruppen beikommen können oder mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Interessant ist insoweit die Regelung in der Schweiz (§ 321 Abs. II StGB). Hier kann der Arzt ein Entbindungsgesuch an die Aufsichtsbehörde richten, die sodann verbindlich entscheidet²⁰²⁾.

Verschiedentlich wird die "mutmaßliche Einwilligung" zur Lösung

201) siehe Seybold-Hornig, Komm. zur BNotO, Anm. 31 zu § 18; die Aufsichtsbehörde dürfe nur dann entscheiden, wenn dies dem verständig ausgeübten mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entspricht

202) in diesem Sinn wohl auch Bruns, Zivilprozeßrecht, S. 321 und ZZP 77, S. 319 r.Sp.

dieses Fragenkreises ins Feld geführt²⁰³⁾. Im Strafrecht findet die mutmaßliche Einwilligung immer dann Anwendung, wenn der Betroffene zur Erklärung über die Einwilligung selbst außerstande ist, sei es, daß er bewußtlos oder zur Abgabe einer rechtserheblichen Erklärung nicht in der Lage ist. Es wäre zu prüfen, ob der Geheimnisgeschützte bei Kenntnis der Sachlage nach objektivem Urteil die Entbindung von der Schweigepflicht erklärt hätte. Das läuft auf eine Interessenabwägung hinaus, die sich nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstandes richtet. Der mutmaßlichen Einwilligung dürfte nach der Anerkennung des rechtfertigenden Notstandes keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen, so daß sich eine weitere Stellungnahme erübrigt²⁰⁴⁾.

Abschließend läßt sich zu dem von der Rechtssprechung herausgearbeiteten Lösungsansatz sagen, daß die Grundsätze der Interessenabwägung bereits zur Ausfüllung eines Tatbestandsmerkmals herangezogen werden. Das geht auf Kosten einer klaren Tatbestandsmäßigkeit und ist deshalb abzulehnen. Der im übrigen erörterte Lösungsvorschlag bezieht sich nur auf einen Teil der in Frage stehenden Fallgestaltungen und läßt sich nicht ohne weiteres verwirklichen. Es ist weiter zu untersuchen, ob eine grundsätzliche Lösungsmöglichkeit besteht, die auch alle übrigen interessierenden Fallgestaltungen umfaßt.

203) so LG-Augsburg NJW 1964, S. 1190 I. Sp.; Bosch aaO. S. 93

204) Erdsiek NJW 1963, S. 633 I. Sp.: "Die Feststellung, ob Schweigepflicht u. Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber einem auf Offenbarung gerichteten Willen des Erblassers überhaupt noch bestehen, ist von der Interessenabwägung gar nicht zu trennen, da sich der mutmaßliche Wille des Erblassers in der Regel erst aus der Interessenabwägung ergeben wird."

II. Eigener Lösungsvorschlag

Eine schrankenlose Zulassung des Zeugnisverweigerungsrechts kann in ein widersprüchliches Spannungsverhältnis zum materiellen Recht führen. Materiellrechtlich ist das Arzt-Patient Verhältnis so wichtig, daß es strafrechtlichen Schutz genießt, jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 203 StGB. Die Voraussetzungen des Strafrechtsschutzes sind dann nicht mehr gegeben, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Die Verletzung der Schweigepflicht wird dann von der Rechtsgesellschaft gebilligt. Damit ist über den Schutz des Arzt - Patient Verhältnisses entschieden. Für eine Rücksichtnahme auf den Willen des Betroffenen ist kein Raum mehr, denn die Notwendigkeit des Offenbarens bzw. der Ausforschung im Prozeß ist bejaht ²⁰⁵⁾.

Wo die Rechtsgesellschaft das hinter der Schweigepflicht stehende Rechtsgut als schutzunwert verwirft, weil ein anderes stärkeres Interesse überwiegt, sollte die Anwendbarkeit des Rechts auf Zeugnisverweigerung zu verneinen sein und ein Wiederaufleben der allgemein bestehenden Aussagepflicht zu bejahen sein. Anderenfalls würde sich der Sinn des aus einer Interessenabwägung geborenen Beweisverbotes in Unsinn verkehren, und ein widersprüchlicher Rechtsgutsschutz wäre die Folge ²⁰⁶⁾. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gebietet dem Prozeßgesetzgeber, "die Voraussetzungen für die Durchsetzung des materiellen Rechts zu schaffen " ²⁰⁷⁾. Die Prozeßgesetze können nicht Selbst-

205) Krauss in Gallas-Festschrift, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, S. 388/389, greift insoweit auf das materielle Recht zurück

206) von vornherein ablehnend Lenckner NJW 1965, S. 326, Lenckner spricht zwar selbst von der Notwendigkeit, "formelles und materielles Recht zu harmonisieren," nur zieht er daraus nicht die Folge für die hier behandelte Frage

207) Krauss aaO. S. 389; Burkhard, Die Lücken des Gesetzes, S. 89: "Die Forderung der Widerspruchslösigkeit ... steht über dem gesetzten Recht," zitiert nach Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 55 Fußn. 2

zweck sein, sondern nur Zweckmäßigkeitssnormen im Dienste der Findung und Verwirklichung des materiellen Rechts²⁰⁸⁾. Danach hätte sich auch das Zeugnisverweigerungsrecht stets in Einklang zu halten mit den Rechtssätzen, die auf anderen Rechtsgebieten einen entsprechenden Widerstreit von Interessen schlichten²⁰⁹⁾.

Der auseinanderstrebende Schutz ein und desselben Rechtsgutes ist miteinander zu vereinen. Das wäre möglich, wenn sich im Wege der Auslegung der Geltungsbereich des Zeugnisverweigerungsrechts von daher eingrenzen ließe, inwieweit die Rechtsgesellschaft ein allgemeinwichtiges Gut geschützt wissen will. Jede Vorschrift bedarf der Auslegung, da der Sinn einer Gesetzesstelle selbst bei unbefangener Betrachtungsweise ein anderer sein kann, als ihr eindeutiger Wortlaut vorzugeben scheint.

Der Deutung des Gesetzessinnes dienen die nebeneinander zulässigen sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Vorschrift, aus ihrem Systemzusammenhang, aus ihrer Entstehungsgeschichte sowie aus ihrem Zweck²¹⁰⁾.

Dabei ist auf den gegenwärtig vernünftigsten Sinngehalt der Vorschrift abzustellen. Der Sinngehalt ist sachgerecht, wenn er einen für die Rechtsgesellschaft im Ganzen anerkennenswerten Zweck verfolgt. Mit der Auslegung ist zunächst beim Wortlaut zu beginnen, weil der nach dem Wortlaut mögliche Wortsinn den Bereich bildet

208) Lenckner NJW 1965, S. 326 r.Sp.: "... Ziel jedes gerichtlichen Verfahrens (ist): die Findung und Verwirklichung des materiellen Rechts".

209) grundsätzlich so schon Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Strafr. Abh. Heft 46, S. 34

210) BGH NJW 1967, S. 348; Kleinknecht, StPO, Einl. 9 A; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des BGB, § 54

und die Grenzen absteckt, innerhalb deren ein vom Gesetz verwendeter Begriff überhaupt ausgelegt werden kann.

1. Die Auslegung des Zeugnisverweigerungsrechts aus seinem Wortlaut ---

Eine Auslegung aus dem Wortlaut hat an dem Begriff des "entbunden" i.S. des § 53 Abs. II StPO anzusetzen, wann der Geheimnisträger als "von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden" zu gelten hat. Nach allgemeiner Ansicht soll eine Entbindung von der Pflicht zum Schweigen mit der Folge der Zeugnispflicht nur vorliegen, wenn der Geheimnisherr darin einwilligt. Das Vorliegen anderer Rechtfertigungsgründe würde das Zeugnisverweigerungsrecht nicht berühren und könnte die Zeugnispflicht nicht auslösen. Das ergebe sich aus dem Ausnahmecharakter dieser Vorschrift. Eine weitergehende Bedeutung dürfe seinem Wortlaut nicht zugeschrieben werden ²¹¹⁾. Es ist zuzugeben, daß eine solche Auslegung des Wortlautes naheliegt. Es ist aber zweifelhaft, ob das Tatmerkmal "entbunden" ausschließlich als Entbindungserklärung bzw. Einwilligung aufzufassen ist. Dem ist schon entgegenzuhalten, daß aus dem Ausnahmecharakter des § 226 a StGB auch nicht darauf geschlossen wird, allein unter den Voraussetzungen der Einwilligung würde die Rechtsgesellschaft die Körperverletzung billigen.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kann derjenige entbunden werden, der angebunden oder gebunden ist. Eine Gebundenheit erfordert gewisse Bande ²¹²⁾. Diese Bande können in den Geboten

211) Bendix GA 52. S. 13; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 208 Fußn. 4; ders. anders in DStR 1936, S. 440; Kleinknecht § 53 Anm. 11; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, § 53 Anm. III b; Welp in Gallas-Festschrift S. 400; Lenckner NJW 1965, S. 327; ders. NJW 1964, S. 1188

212) Grimmsches Wörterbuch S. 497 Ziff. 11; entbinden nicht unsere Gesetze von solchen Schwüren? Goethe 8, 65, 42, 82; Ziff. 14: eine gebundene Kraft entbindet sich

und Verboten der Rechtsordnung gesehen werden. Die Lösung der Bande erfolgt zwar regelmäßig durch den berechtigten Rechtsgutsträger. Sie kann aber auch dadurch erfolgen, daß eine Rechtfertigungslage besteht, die eine Bindung deshalb nicht anerkennt, weil sie von sich heraus eine Entbindung von einem Gebot oder Verbot bewirkt. Es ist ebenso wie in einer Notwehr-lage, solange der Angriff fort dauert, ist das Verbot, den Angreifer körperlich zu verletzen, aufgehoben oder anders ausgedrückt, die Rechtsgesellschaft sinnt dem Angegriffenen eine Gebundenheit an dieses Verbot nicht an. Die betreffende Schutzvorschrift verliert ganz einfach ihre Sinnbedeutung, da ihr leitender Gedanke auf eine Rechtfertigungslage überhaupt nicht paßt und zwar ebenso wenig wie der aus einer Interessenabwägung geborene Schutzge-danke des Zeugnisverweigerungsrechts auf eine Sachlage paßt, die nach Offenbarung verlangt.

Tatsächlich gilt der Geheimnisträger nicht mehr an die Pflicht zum Schweigen gebunden, wenn dies im überwiegenden Interesse geboten erscheint. Nach den von der Rechtsordnung daran ge- knüpften Folgerungen ist es einerlei, ob der Geheimnisträger kraft der erklärten Einwilligung sein Schweigen bricht oder deshalb, weil ein von der Rechtsordnung anerkannter Rechtfertigungsgrund eine Gebundenheit nicht anerkennt und gleichsam die fehlende Ein- willigung des Geheimnisherrn ersetzt²¹³⁾. Im Ergebnis will die Rechtsgesellschaft unter diesen Umständen den Geheimnisträger nicht mehr an das Vertrauensverhältnis zu seinem Schützling gebunden wissen, vielmehr will sie ihn nach ihren Wertentscheidungen da- von entbunden wissen²¹⁴⁾.

213) ablehnend Lenckner NJW 1965, S. 327 r.Sp.; vgl. aber Müller MDR 1971, S. 970 I. Sp.

214) Immer wenn die Rechtsgesellschaft einen Interessenwiderstreit zu entscheiden hat, wird sie die schutzwürdigen Interessen den weniger schutzwürdigen vorziehen, Lenckner, Der über- gesetzliche Notstand, S. 133 ff

Der Begriff "entbunden" könnte also durchaus die rechtlichen Auswirkungen einer bestehenden Rechtfertigungslage mitumfassen ²¹⁵⁾. Es ist zumindest zweifelhaft, ob die allgemeine Ansicht zutrifft, wonach unter der Entbindung allein der Fall der Einwilligung zu verstehen sei. Es ist weiter zu prüfen, ob sich diese Zweifel zu der Bestätigung verdichten, daß die Geheimnisträger beim Vorliegen einer entsprechenden Rechtfertigungslage als von der Pflicht zum Schweigen entbunden gelten müssen. Aufschluß hierüber hat schon der innere Zusammenhang der strafverfahrensrechtlichen Vorschrift mit der materiellen Vorschrift gegeben.

2. Die Auslegung aus dem Systemzusammenhang

Zur Auslegung aus dem Systemzusammenhang kann auf die Ausführungen oben im zweiten Teil verwiesen werden.

3. Die Auslegung aus der Entstehungsgeschichte

Es fragt sich, inwieweit das bisherige Ergebnis der Auslegung in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift Rückhalt findet. Die Auslegung einer Vorschrift aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte ist trotz mancher gegenteilig klingender Sätze "als durchaus gleichwertig neben anderen Auslegungsmethoden anerkannt" ²¹⁶⁾. Die Gesetzesmaterialien lassen den mit der getroffenen Regelung verfolgten gesetzgeberischen Zweck und die maßgebenden Beweggründe hervortreten und erbringen oftmals wert-

215) Der von einer Norm gewährte Schutz hat dann keine Gültigkeit mehr, wenn durch ihre Befolgung ein wertvolleres Rechtsgut verletzt würde, Frank, StGB, S. 153/770; RGSt 61, S. 255

216) BGH NJW 1967, S. 343, 348 I. Sp. mit weiteren Nachweisen

volle Anhaltspunkte dafür, welche sozialen Verhältnisse die Gesetzesverfasser vor Augen hatten, von welchem Rechtszustand man ausging²¹⁷⁾, welchen Interessenwiderstreit der Gesetzgeber hat ausgleichen wollen und auf welche Fallgestaltungen das Gesetz schließlich anwendbar sein soll. Die Entstehungsgeschichte wird vor allem zur Bestätigung des bereits gewonnenen Ergebnisses herangezogen, sie wird in der Regel bloß unterstützend verwertet²¹⁸⁾. Die Entstehungsgeschichte muß um so weniger von Bedeutung sein, als sich die zeitlichen Verhältnisse oder die tatsächlichen Umstände seit Erlass des Gesetzes geändert haben²¹⁹⁾.

Bemerkenswert in der damaligen Auseinandersetzung um die gesetzliche Einführung des Zeugnisverweigerungsrechts ist, daß man dem Interesse an der ärztlichen Verschwiegenheit zwar das allgemeine Interesse des Staates an der Aufklärung und Ahndung von Straftaten entgegenhielt, dabei aber mit keinem Wort erwähnte, daß in dieses Spannungsverhältnis zweier Interessen gegebenenfalls ein weiteres Interesse hineinspielen kann, das Interesse eines außenstehenden Dritten, das durch den staatlichen Verzicht auf die Wahrheitsfindung empfindlich in Mitleidenschaft gezogen werden kann. In den Niederschriften über die Beratung zu den übrigen strafverfahrensrechtlichen Beweisverboten fällt auf, daß man der Frage des Interessenwiderstreits im Hinblick auf schutzwerte Rechte Dritter keine ausdrückliche Aufmerksamkeit schenkte.

Daß der Gesetzgeber an dieser Schwierigkeit gleichwohl nicht

217) BGHZ 42, S. 19 = NJW 1964, S. 1723; BGHZ 19, S. 227 = NJW 1956, S. 377; BGHZ 37, S. 58 = NJW 1962, S. 1719

218) BVerfGE 1, S. 299, 312; 11, S. 129

219) BGH NJW 1967, S. 343/348

vorbeikommen konnte, zeigt ein Seitenblick auf die Entwürfe zur Zivilprozeßordnung. Im Zivilprozeß wirkt sich ein Beweisverbot nicht nur zu Lasten des staatlichen Interesses an gerechter Justizgewährung für jedermann aus, sondern es geht überhaupt zu Lasten des Interesses der gegnerischen Partei. Auch die im Zivilprozeß allgemein geltende Zeugnispflicht wird getragen von der Sorge um die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung und ist als notwendig anerkannt.

Dem widerspricht es nicht, daß kein öffentliches Interesse daran besteht, die Wahrheit von Tatsachen zu ermitteln, die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu Grunde liegen. Der Rechtspflege ist es dienlicher, wenn die Beibringung des Tatsachenstoffes der Verfügung der Parteien überlassen bleibt, so daß das Gericht nur dann Beweis erheben darf, wenn die Partei ihn angeboten hat. Die Möglichkeit der Tatsachenbeibringung durch Vernehmung eines Zeugen ist aber auch im Zivilprozeß dann eingeschränkt, wenn von der allgemein bestehenden Zeugnispflicht eine Ausnahme deshalb geboten ist, weil "sie mit anderen Pflichten, die der Staat gleichfalls zu achten hat, in Widerstreit treten würde" ²²⁰⁾. Eine Begrenzung der Wahrheitserforschung wird hier unter dem Gedanken der Interessenabwägung zugelassen. Insoweit erfolgt die Begründung in den Entwürfen mit einer deutlichen Bezugnahme auf die bereits im Strafverfahren in langjähriger Rechtsübung herausgebildeten Rechtssätze, wonach dem Staat bei der Wahrheitsfindung gewisse sittliche Rücksichten obliegen.

Die vom Staat in weiser Selbstbeschränkung auferlegten Grenzen werden dabei auf das Verhältnis von Privatpersonen zueinander

220) 1. Entwurf zur ZPO (1871) bei Dahlmanns, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen, S. 333

übertragen. Ob hierbei nach heutiger Anschauung der Gedanke staatsgerichteter Abwehrrechte möglicherweise auf Privatrechtsverhältnisse übertragen wird, soll dahinstehen²²¹⁾. Nach dem gegenwärtigen Stand der Drittwirkungslehre wäre ein solcher Vorgang zweifelhaft.

Ebensowenig wie im Strafverfahren hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, ob der Schutzzweck der Vorschrift auch die Fälle umfassen soll, in denen sich die Ausnahme von der allgemeinen Zeugnispflicht in das Gegenteil ihres leitenden Gedankens verkehrt und unmittelbar zu Lasten schutzwertiger Rechte Dritter geht.

Aus dem Schweigen des Gesetzgebers könnte insgesamt geschlossen werden, die im Gesetz getroffene Abwägung sei abschließend, und für eine darüber hinausgehende Abwägung solle kein Platz mehr sein. Dann hätte der Gesetzgeber die Vernehmung der zur Verschwiegenheit verpflichteten Zeugen "überhaupt für unzulässig" erklären müssen. Das lehnte er bewußt ab. Eine derartige Bestimmung erschien ihm deshalb entbehrlich, "weil das Strafgesetz und die Bestimmungen des § 336 Abs. 3 (vgl. auch Strafprozeßordnung § 44) gegen Indiskretionen der zum Zeugnis vorgeschlagenen Personen genügend sichern"²²²⁾. Der Gesetzgeber brachte damit die verfahrensrechtliche Vorschrift in eine entscheidende

221) zur Frage der Beweisverbote, soweit sie unmittelbar aus dem Grundgesetz geschöpft werden, siehe dazu das Gutachten Peters, 46. DJT, Teil 3 A, S. 150 und das Gutachten Rupp S. 172 ff.

222) Motive, III. Entwurf 1877 bei Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Die gesamten Materialien zur ZPO, 2. Band, 1. Abt. 1880, §§ 336-338, S. 312 dritter und vierter Abs.; § 336 a.F. jetzt § 383 ZPO und § 44 StPO a.F. jetzt § 53 StPO

Wechselwirkung zum materiellen Recht, indem er sich erhoffte, die materielle Befugnis zum Geheimnisbruch werde im Einzelfall ausgleichend in die zwangsläufig verallgemeinernde Interessenabwägung der verfahrensrechtlichen Regelung hineinwirken. Es sah sinnvollerweise keine Veranlassung, das Zeugnisverweigerungsrecht auf die Fälle auszuweiten, in denen die Rechtsgesellschaft einem Vertrauensverhältnis ihren Rechtsschutz versagt. Nur in diesem Sinne ist es verständlich, daß die zum Schweigen verpflichteten Personen berechtigt sind, das Zeugnis zu verweigern, nicht aber dazu verpflichtet sind. Von dem Zeugnisverweigerungsrecht ist im Sinne der materiellen Vorschrift Gebrauch zu machen. Durch die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung hat der Gesetzgeber eine auf den besonderen Einzelfall abgestimmte Interessenabwägung ermöglicht, und er hat auf keinen Fall einen abschließenden Verzicht notfalls um jeden Preis erklären wollen. Die verfahrensrechtliche Vorschrift ist im Lichte der materiellen Vorschrift zu sehen.

Nun spricht nichts, aber auch gar nichts dagegen, daß der in den Entwürfen zur Zivilprozeßordnung klar zum Ausdruck gekommene Gedanke auch für das strafrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht zu gelten hat.

Zur Auslegung anhand der Entstehungsgeschichte läßt sich abschließend sagen, daß die Auslegung keine Anhaltspunkte dafür erbracht hat, daß sich nach dem Willen des historischen Gesetzgebers der Schutzbereich des Zeugnisverweigerungsrechts auf die Fälle erstrecken soll, in denen eine Zeugnisverweigerung in Gegensatz zu den maßgebenden Wertvorstellungen der Rechtsgesellschaft stehen würde. Vielmehr liegt nach dem Ergebnis der Auslegung die gegenteilige Annahme näher. Die Auffassung, das ärztliche Zeugnisverweigerungsrecht sei in jedem Fall aufrechtzuerhalten und stehe ausschließlich bis auf den Fall der Einwilligung zur Ver-

fügung des Arztes, kann nicht unwidersprochen hingenommen werden.

4. Die Auslegung aus dem Zweck

Es sind nunmehr die leitenden Zweck- und Wertgesichtspunkte des Gesetzes herauszuarbeiten, aus denen letztlich bindend zu schließen ist, auf welche Fallgestaltungen die Gesetzesvorschrift tatsächlich anwendbar sein soll. Dabei ist zu prüfen, ob sich aus dem Gesamtgefüge der Rechtsordnung allgemeine Wertvorstellungen gewinnen lassen, die als sachlicher Richtpunkt zur einengenden Auslegung der verfahrensrechtlichen Vorschrift herangezogen werden können²²³⁾. Vor allem ist zu prüfen, ob das Sinngefüge des von der Rechtsgesellschaft gewährten Rechtsgüterschutzes Richtlinien enthält, die in der Lage sind, den auseinanderstrebenden Schutz ein und desselben Rechtsguts wieder miteinander zu vereinen. Aus dem Sinngefüge des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes ist auf die Lösung des Wertungswiderspruchs zurückzuschließen, der in dem Verhältnis von materieller und verfahrensrechtlicher Vorschrift begründet liegt.

Auszugehen ist davon, daß das Rechtsgut und der Schutzzweck der verfahrensrechtlichen Vorschrift mit der materiellen Vorschrift im wesentlichen übereinstimmen. Die Vorschrift des § 53 I 3 StPO bzw. § 383 I 6 ZPO bezweckt einen ebensolchen sozialwerthafter Schutz wie die Vorschrift des § 203 StGB. Mit der verfahrensrechtlichen Vorschrift hat der Gesetzgeber einen Interessengegensatz zu Lasten der Wahrheitsfindung entschieden. Der Gesetzgeber wollte damit nicht zum Ausdruck bringen, daß er jeden Interessen-

223) Peters, Strafprozeß, § 14 I, S. 78; Henkel, Strafverfahrensrecht, § 14 S. 68; Kleinknecht, StPO, Einl. 9 A Schmidhäuser in Engisch-Festschrift, S. 443

gegensatz zu Lasten der Wahrheitsfindung gelöst wissen wollte. Da er sich der Vielfalt der denkbaren Interessengegensätze bewußt war, wollte er nicht ausnahmslos auf die Wahrheitsfindung verzichten. Er hielt dem Geheimnisträger zu diesem Zweck ausdrücklich die Möglichkeit offen, auszusagen. Damit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß das von ihm selbst für verschieden Erachtete entsprechend dieser Verschiedenheit zu behandeln ist ²²⁴⁾. Er wollte einen anders gewichteten Interessengegensatz nicht im Sinne des Zeugnisverweigerungsrechts entschieden haben, denn dann läge ein Wertungswiderspruch vor.

Zwar ist der Geheimnisträger grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet, das kann aber nicht ausnahmslos für jeden Fall gelten. Der Schweigepflicht müssen zwangsläufig andere Interessen zuwiderlaufen, die ja nach Lage des Einzelfalles nach einer Offenbarung der durch das Schweigen geschützten Geheimnisse drängen. Die Pflicht zum Schweigen kann nicht losgelöst für sich allein Geltung beanspruchen. Sie muß für die Wahrung widerstreitender Interessen Raum lassen.

Es ist weiter davon auszugehen, daß das Recht in seiner Gesamtheit der Durchsetzung und Sicherung des Rechtsfriedens dient, indem es bestimmt, daß gewisse Zustände des menschlichen Lebens sein sollen, hingegen gewisse andere Zustände nicht sein sollen und zu verwerfen sind. Die Rechtsnormen dürfen deshalb nur da eingrei-

224) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 62/63: "Die Wertungswidersprüche können vielleicht alle als Verletzung des Grundsatzes angesehen werden, daß das vom Gesetzgeber für gleich Erachtete nicht grundlos verschieden und das von ihm selbst verschieden Erachtete entsprechend dieser Verschiedenheit zu behandeln ist."

fen, "wo es um die Wahrung oder Wiederherstellung der gesellschaftlichen Ordnung geht" ²²⁵⁾. Bei Wertungswidersprüchen hält der Gesetzgeber an dem zugrunde gelegten Gedanken bei der Entwicklung der jeweiligen Regel nicht fest, denn "die Forderung der Widerspruchlosigkeit ... steht über dem gesetzten Recht" ²²⁶⁾. Die Lösung der Wertungswidersprüche richtet sich nach dem Grundsatz des Überwiegenden Interesses ²²⁷⁾. Dieser Grundsatz ist aus der Gesamtheit der Rechtsordnung geschöpft ²²⁸⁾ und besagt, daß eine Handlungsweise, die einen sozialwerthaften Zustand in Mitleidenschaft zieht und deshalb allgemein mit einem Umwerturteil bedacht wird, ausnahmsweise einen überwiegenden sozialwerthaften Erfolg haben kann und daher der Verwirklichung wert ist. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist Ausfluß einer solchen Interessenabwägung. Der auf den Regelfall gemünzte Schutz dieser Vorschrift würde sich als Zweckverfehlung darstellen, wenn von ihr entgegen dem überwiegenden Interesse Gebrauch gemacht würde. Die Rechtsordnung hat es sich zum Ziel gesetzt, das Überwiegende Interesse zu schützen.

Nicht nur der materielle Rechtsgutsschutz steht in dem Gefüge der Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft, sondern auch der verfahrensrechtliche Schutz desselben Rechtsgutes steht in dem Gefüge der Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft. Das Beweisverbot kann kein Recht um seines selbst willen sein, das aus

225) Arthur Kaufmann, *Recht und Sittlichkeit*, S. 30; Schönke-Schröder Vorbem. 6; Die Auslegung der Tatbestände hat deshalb teleologisch zu erfolgen, und sie hat sich an der Rechtswidrigkeit zu orientieren.

226) Burkhard, *Die Lücken des Gesetzes*, S. 89 (zitiert nach Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, S. 55 Fußn. 2)

227) Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 133 ff

228) Lenckner, *aaO.* S. 120

dem Rahmen fällt. Es hat sich im Einklang zu halten mit den Rechtssätzen, die auf anderen Rechtsgebieten einen entsprechenden Widerstreit von Interessen schlichten. Das Recht bildet eine in sich geschlossene Einheit (wenn es auch selbst fragmentarisch ist), wobei die Aufgliederung des Rechtsstoffes in die verschiedenen Teilgebiete nur eine zweckmäßige Form der Darstellung ist ²²⁹⁾. Das Verfahrensrecht ist als Ergänzung des materiellen Rechts gedacht ²³⁰⁾. Die verschiedenen Einzelgebiete der Rechtsordnung sind alle den gleichen allgemeinverbindlichen Wertungen der materiellen Gerechtigkeit unterworfen. Recht und Unrecht ist auf allen Rechtsgebieten dasselbe ²³¹⁾. Die Rechtsordnung kann sich nicht selbst in ihren Bewertungen widersprechen. Das Gebot der Widerspruchlosigkeit der Rechtsordnung gebietet dem Prozeßgesetzgeber, "die Voraussetzungen für die Durchsetzung des materiellen Rechts zu schaffen" ²³²⁾. Die Prozeßgesetze können nicht Selbstzweck sein, sondern nur Zweckmäßigkeitsnormen im Dienste der Findung und Verwirklichung des materiellen Rechts ²³³⁾. Recht und Rechtsgang sind untrennbar miteinander verbunden ²³⁴⁾.

Soweit die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts unter

229) Maurach, AT S. 297/298

230) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 32

231) Mezger-Blei, Lb., AT S. 100

232) Krauss in Gallas-Festschrift, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, S. 389

233) Lenckner, NJW 1965, S. 327 r.Sp.: "... das Verfahrensrecht (ist) nicht Selbstzweck, sondern dient der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit."

234) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 15

Berufung auf die Pflicht zum Schweigen zu Lasten eines Überwiegenden Interesses geht, sprengt dies den Sinn und Zweck seines Rechtsgutsschutzes²³⁵⁾. Der Sinngehalt der Vorschrift ist nur dann sachgerecht, wenn er einen für die Rechtsgesellschaft im Ganzen anerkennenswerten Zweck verfolgt. Einen solchen Zweck verfolgt die Vorschrift, wenn sie ausschließlich einem Überwiegenden Interesse zu dienen bestimmt ist. Auf diesen gegenwärtig vernünftigsten Sinngehalt ist die Vorschrift auszulegen.

2. Abschnitt

Rechtspolitische Voraussetzungen dieser Lösung

1. Wirkungen auf die Allgemeinheit

Voraussetzung eines etwaigen Zeugniszwangs ist, daß seine Auswirkungen auf das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit zu vernachlässigen sind. Zwar wird allgemein die Auffassung vertreten, der Schutz dieses Vertrauens sei wichtig genug, dem Geheimnisträger ein Zeugnisverweigerungsrecht selbst dann zu gewähren, wenn die Geheimnisoffenbarung das einzige Mittel sei, um einen nicht wiedergutzumachenden Schaden abzuwenden und deshalb eine Offenbarung ohne weiteres gerechtfertigt wäre²³⁶⁾.

235) Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 107: es gilt "zwar den Einzelfall zu entscheiden, aber unter Anwendung der ganzen Rechtsordnung"; siehe dazu auch Stein-Jonas, ZPO, Einl. M. S. 355; Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 24/25: "Man darf Form und Stoff des Rechtsgedankens nicht auseinanderreißen wollen. ... Man kann nicht eine Einzelheit in gänzlicher Getrenntheit für sich juristisch bestimmen. Sobald jemand einen Paragraphen eines Gesetzbuches anwendet, so wendet er nicht nur ... das ganze Gesetzbuch an, sondern führt den Gedanken des Rechts selbst ein."

236) u.a. Lenckner NJW 1964, S. 1188; ders. NJW 1965, S. 327 r.Sp.

Es soll aber bezweifelt werden, ob der Schutz des allgemeinen Vertrauens tatsächlich nach einem so hohen Preis verlangt.

Daß die Durchbrechung des Zeugnisverweigerungsrechts keineswegs mit einer spürbaren Beeinträchtigung des Vertrauens in die Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen verbunden sein muß, zeigt sich z.T.an dem Auseinanderfallen von Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot. Das Beschlagnahmeverbot schützt allein das Interesse des Beschuldigten, "nicht mit Hilfe der dem Vertrauensverhältnis entstammenden Beweismittel belastet und damit als Mittel zum Zwecke der eigenen Überführung eingesetzt zu werden" ²³⁷⁾. Das Beschlagnahmeverbot bevorzugt somit nur den Beschuldigten. Ist der nach § 53 StPO Zeugnisverweigerungs-berechtigte selbst beschuldigt oder ist der an der Geheimhaltung interessierte Patient/Klient etwa Zeuge, so versagt § 97 StPO. Das Zeugnisverweigerungsrecht bleibt zwar formal bestehen, es ist aber durch die Möglichkeit der Beschlagnahme tatsächlich durchbrochen.

Zum anderen ist auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Erfolgt die Geheimnisoffenbarung nach den Grundsätzen der Rechtsgüter- und Interessenabwägung aufgrund eigener freier Entscheidungen des Geheimnisträgers, so soll davon keine unerträgliche Störung des Vertrauens in die Verschwiegenheit gewisser Berufsgruppen ausgehen. Würde in demselben Fall der Geheimnisträger das Zeugnis verweigern, soll sich ein Zeugniszwang mit Rücksicht auf das allgemeine Vertrauen verbieten. Warum in der letzteren Fallgestaltung das allgemeine Vertrauen bzw. das sozialwertige Interesse in die Verschwiegenheit gewisser Berufsgruppen in unver-tretbarem Maße beeinträchtigt sein soll, da dem Geheimnisträger

237) Welp JZ 1974, S. 423; OLG Celle NJW 1963, S. 406

die Geltendmachung des Rechts auf Zeugnisverweigerung verwehrt wird und er zur Aussage gezwungen wird, während in dem ersteren Fall eine Störung nur deshalb vertretbar sei, weil der gerechtfertigte Geheimnisbruch auf Grund eigener freier Entscheidung des Geheimnisträgers erfolgt, dürfte äußerst fragwürdig sein.

Entscheidend sollte sein, ob die Rechtsgemeinschaft den Geheimnisbruch als solchen rechtfertigt und nicht, ob sich der Geheimnisträger zufällig richtig für eine Aussage entschließt. Unterstützend kann dazu auf den oben erwähnten Myom-Fall verwiesen werden:

Hätte der angeklagte Arzt selbst nachweisen können, daß er seine Patientin über den Umfang des Eingriffs an der Gebärmutter vorher aufgeklärt habe, wäre der Geheimnisbruch gerechtfertigt worden, denn der Geheimnisbruch erfolgte zu seiner Verteidigung. Hätte die als Zeugin geladene Kollegin ausgesagt, wäre auch dieser Geheimnisbruch gerechtfertigt worden, denn er hätte sich im Rahmen des unvermeidbar Notwendigen gehalten. Beide Male hätte man die Rechtfertigungsmöglichkeit mit gutem Grund über das Vertrauensverhältnis Arzt - Patient stellen können. Die Zeugin hat nun aber nicht ausgesagt, da die Patientin (als Nebenklägerin) sie nicht von der Schweigepflicht entbunden hatte. Nach der allgemeinen Ansicht darf jetzt die Zeugnispflicht nicht wiederaufleben. In der Auswirkung bedeutet das nichts anderes, als daß das höherwertige Rechtsgut kraft Gesetzes dem minderwertigen Rechtsgut weichen muß. Dieses Ergebnis verträgt sich nicht mit der Rangordnung des Wertgefüges der Rechtsordnung. Dennoch soll dieser Widerspruch in Kauf genommen werden, da das Wiederaufleben der Zeugnispflicht das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit bestimmter Berufskreise zutiefst erschüttern würde. Das kann wohl nur so zu verstehen sein: allein die Begleitumstände des Zeugniszwangs würden über das Maß des unvermeid-

bar Notwendigen hinausgehen und diese Begleitumstände würden die Möglichkeit des gerechtfertigten Geheimnisbruchs zu einem nicht gerechtfertigten machen. Allein der freiwillige Geheimnisbruch halte sich im Rahmen des unvermeidbar Notwendigen.

An das Letztere soll angeknüpft werden. Dazu kann als unstreitig davon ausgegangen werden, daß das Interesse an der Wahrheitsfindung im Falle des Angeklagten jenes der Patientin (Nebenklägerin) an der Geheimhaltung überwiegt. Das Vertrauensverhältnis Arzt - Patient ist in diesem Fall nicht schutzwert. Dann kann dieses selbe Verhältnis gewiß nicht dadurch wieder schutzwert werden, daß die Patientin die Einwilligung verweigert und sich der Arzt deshalb schweigend in Widerspruch zu den Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft setzt. Zu den Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft gehört der Grundsatz des überwiegenden Interesses. Die Rechtsgesellschaft kann das Verhalten eines Rechtsgenossen, das aus dem Rahmen des Wertgefüges fällt, niemals gutheißen, und sie kann es nicht noch zusätzlich durch eine gesetzliche Vorschrift unterstützen und belohnen oder gar erst ermöglichen. Der Abbruch dieser Stütze oder der Entzug dieser Möglichkeit würde lediglich das ursprüngliche Wertverhältnis verwirklichen. Das kann keine Rechtsgemeinschaft als sozialwidrig empfinden, denn ihr muß an dem sozialwerthaften Erfolg des ursprünglichen Wertverhältnisses gelegen sein.

Für die Wahrung des allgemeinen Vertrauensschutzes dürfte es keinen Unterschied ausmachen, ob der Berufsgeheimnisträger freiwillig aussagt oder ob er, weil sein Beharren auf dem Berufsgeheimnis mit den Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft nicht im Einklang steht, verbindlich dahin beschieden wird, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts eine erneute Abwägung vorzunehmen. Maßgebend sollte sein, ob die Rechtsgesellschaft den Bruch der Pflicht zum Schweigen billigt, weil sie das wider-

streitende Rechtsgut als vorrangig erkannt hat. Bei einem freiwilligen (gerechtfertigten) Geheimnisbruch hält sich die Störung im Maß des unvermeidbaren Erforderlichen. Die Störung kann nicht mehr und nicht weniger werden, wenn der Geheimnisträger zu derselben gerechtfertigten Aussage angehalten wird. Etwas anderes hieße, sich den Zufälligkeiten der persönlichen Entscheidung eines einzelnen unterwerfen. Dem Rechtssuchenden dürfte schwerlich klar zu machen sein, warum in seinem Fall nicht ausgesagt wird, während in einem anderen gleichlaufenden Fall ausgesagt wurde²³⁸⁾.

Die ausnahmslose Geltung des Zeugnisverweigerungsrechts wird sich aus Rechtssicherheitsgründen nicht herleiten lassen. Die in ihm enthaltene Ungerechtigkeit im Einzelfall kann ein solches Maß erreichen, daß die Rechtssicherheit daneben nicht weiter ins Gewicht fällt, wenn dieser Vorschrift ihrer Ungerechtigkeit wegen von Fall zu Fall die Geltung abgesprochen wird²³⁹⁾.

Im übrigen dürften derartige Fallgestaltungen nicht allzuhäufig in Erscheinung treten. Durch wenige Ausnahmen wird das Vertrauen in die Verschwiegenheit einer ganzen Berufsgruppe gewiß nicht

238) Bei der Gleichstellung der freiwilligen Aussage mit der zwangsweisen Aussage ist allerdings nicht außer Acht zu lassen, daß bei einer freiwilligen Aussage in jedem Fall noch ein gewisser Vertrauensschutz gewahrt bleibt, denn erweist sich die Aussage nicht als gerechtfertigt, so greifen die Strafnormen ein.

239) Radbruch-Zweigert, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 14; Radbruch, Gesetz und Übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105, 107 1. Sp. unten; Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, S. 28: "Um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen muß eine Rechtsnorm aber auch dann ihre Gültigkeit behalten, wenn sie im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führt, so sie nur nicht generell und schlechthin der Gerechtigkeit widerstreitet."

bis in seine Grundfesten erschüttert werden können ²⁴⁰⁾.

II. Das Arzt - Patient Verhältnis in der heutigen Zeit

Die strikte Ablehnung jeglicher Nachprüfbarkeit ärztlicher Zeugnisverweigerung unter Hinweis auf die hochbedeutende Schutzwürdigkeit des Vertrauensverhältnisses Arzt - Patient vermag auch aus anderen Gründen nicht zu überzeugen. Das vielbeschworene Arzt - Patient Verhältnis hat durch die Entwicklung sozialer Wirkungszusammenhänge erheblich an Gewicht eingebüßt. Während noch um die Jahrhundertwende das Verhältnis von Arzt und Patient in Gänze unnahbar sein durfte ²⁴¹⁾, hat heute die Entwicklung zur Massengesellschaft die ehemals vertrauliche "Ich - Du Beziehung" in einem Maße durchsichtig gemacht, wie man sich früher nicht zu träumen wagte ²⁴²⁾. Besonders das

240) Ackermann DJT-Festschrift 1960, S. 494; Unterstützend kann insoweit auf das common law der USA verwiesen werden. Dem common law ist ein Zeugnisverweigerungsrecht in dem uns geläufigen Umfang fremd. Grundsätzlich steht die staatsbürgerliche Zeugnispflicht im Vordergrund, von der nur dann eine Ausnahme gestattet wird, wenn die Vertrauensgrundlage ein wesentlicher Bestandteil ist, die nach allgemeiner Anschauung besonders schutzwürdig ist und wenn das Interesse an staatlicher Strafverfolgung das Geheimhaltungsinteresse im Einzelfall nicht überwiegt (dazu u.a. Delitz ZRP 1974, S. 269).

241) vgl. dazu den Leibarzt Bismarcks, Schweninger, Der Arzt, S. 72, zitiert nach Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, S. 102: "Der Arzt ist ein aus dem Urzustande in die Gesellschaft gerettetes Erbe; sein Vorhandensein ist nicht das Ergebnis einer Absicht. Der Arzt ist da wie eine Selbstverständlichkeit, die aus der Artung menschlichen Lebens sich ergibt." Für den Arzt gebe es "nur den einzelnen: seinen Kranken; niemals aber die vielen Einzelnen, die , zusammengeballt, ein neues Wesen sind. Dieses Wesen ist für mich der große Niemand! Geht mich nichts an."

242) Spann, Einl. S. XIX; Schelsky in Auf der Suche nach Wirklichkeit, S. 225; Neuffer, Gedanken über den Arzt unserer Zeit, Ärztl. Mitt. 1958, S. 379 ders. S. 1371

Sozialversicherungsrecht hat Stück um Stück aus der verborgenen Stille des Arzt - Patient Verhältnisses herausgebrochen. Um nur einiges zu nennen: Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Inanspruchnahme von Krankengeld verträgt keine Verschwiegenheit, die Anerkennung von Berufskrankheiten und Rentenansprüchen verlangt nach Offenbarung der Ursachen. Dabei haben die Pläne zur Sozialisierung der Medizin noch längst kein Ende gefunden.

Überdies ist die Gesellschaft in ihrer Zusammenballung in einem Maße anfällig geworden, daß schon geringe Ursachen verhängnisvolle Folgen zeitigen können. Zur Bändigung dieser Gefahren muß sich der einzelne Einschränkungen in seinem Eigenbereich gefallen lassen, die vor dem Verhältnis Arzt - Patient nicht Halt machen können. Deshalb haben u.a. die regelmäßige Tbc-Untersuchung, die Einrichtung des Werksarztes und der Einstellungsuntersuchung ihren guten Sinn, denn welcher verantwortungsbewußte Mensch könnte beispielsweise zulassen, daß ein Nervenkranker das Steuer eines Reiseomnibusses übernimmt? ²⁴³⁾ Anhand dieser Notwendigkeiten wird klar, daß das öffentliche Interesse seine Hand immer mehr auf Gebiete ausstreckt, die früher dem persönlichen Eigenbereich vorbehalten waren.

243) vgl. dazu das seit 1.12.1974 geltende Arbeitssicherheitsgesetz, das die Arbeitgeber u.a. verpflichtet, Betriebsärzte einzustellen; innerhalb des Betriebs ist der Arzt zum Schweigen verpflichtet, die Handhabung geht dahin, die Einstellung oder Weiterbeschäftigung von einer Untersuchung abhängig zu machen und den Arzt zu ermächtigen, den erhobenen Befund an den Arbeitgeber weiterzugeben; RAG 26, S. 125; Richtlinien für die werkärztliche Tätigkeit, BArbBl. 1953, S. 270; Kohlhaas Dtsch. med. Wschr. 1962, S. 609; Uhlenbruck, Ärztliche Schweigepflicht und Beweisnotstand des Arbeitgebers für das Verschulden bei Erkrankungen des Arbeitnehmers, Arztrecht 1971, S. 69; Krause, Werkärztlicher Dienst und ärztliche Schweigepflicht, Betrieb 1965, S. 1743

Die Wirklichkeiten unserer Zeit können nicht einfach damit abgetan werden, "das unbedingte Festhalten am ärztlichen Berufsgeheimnis" tue umso mehr Not, als "der Allgemeinheit das Organ für die empfindliche Bedeutung immaterieller ethischer Güter wenn nicht fehlt, so doch stumpf geworden ist unter den zerstörenden Tendenzen zu Materialismus, Pragmatismus und Nihilismus" ²⁴⁴⁾. Dem ist mit gleicher Begründung zu entgegnen, daß nicht nur die Umwelt, sondern der einzelne vor sich selbst geschützt wird, wenn sein gesundheitlicher Zustand aufgedeckt wird. Wenn im übrigen unter dem Eindruck der Sozialversicherung "dem um unser altes bewährtes Arzttum besorgten Juristen (Eb. Schmidt) Angst und Bange" wird, "wenn er sich sagen muß, daß der Moloch eines immer anspruchsvoller verstandenen sogenannten 'sozialen Wohlfahrtsstaates' das Beste am ärztlichen Beruf zerstört, die freie Entfaltung des ärztlichen Könnens und die Möglichkeit eines bedingungslosen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient," ²⁴⁵⁾ so ist dem entgegenzuhalten, daß sich ein Familienvater lieber gewisse Einschränkungen eines ohnmächtigen Vertrauensverhältnisses gefallen läßt - soweit in der unpersönlichen Kühle eines Krankenhauses von einem Vertrauensverhältnis überhaupt noch die Rede sein kann - ²⁴⁶⁾, als daß er bereit wäre, den segensreichen Schutz seiner Krankenkasse selbstmörderisch auf dem Altar ärztlicher Schweigepflicht zu opfern. Der Patient ist in dem Verhältnis zu seinem Versicherer längst die

244) Eb. Schmidt, Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses, Heft 7 der Schriftenreihe der Gesellschaft für bürgerliche Freiheiten, München 1951, S. 36; Niedermeyer Ärztliche Ethik, S. 243

245) Eb. Schmidt aaO. S. 36; ders. Dtsch. med. Wschr. 1954, S. 1649, dazu Woesner NJW 1957, S. 693

246) Schelsky in Auf der Suche nach Wirklichkeit, S. 232; Wiebel aaO. S. 103, 104

Verpflichtung eingegangen, den Arzt soweit von der Schweigepflicht zu entbinden, wie die Leistungspflicht des Versicherers in Frage steht. Das vielbeschworene Arzt - Patient Verhältnis hat also schon von daher arg an Bedeutung verloren ²⁴⁷⁾.

Natürlich spricht die Ärzteschaft auf die neuere Entwicklung sehr empfindlich an, berührt sie doch das ärztliche Selbstverständnis. Da ist von einer tiefen "Sorge um die göttlichen und menschlichen Werte in der Härte des Daseins" ²⁴⁸⁾ die Rede und in der Verteidigung des "Schweigenkönnen und -müssen" seien die Ärzte "Bannerträger der alten Menschheitsidee der Würde der Persönlichkeit und der Freiheit." ²⁴⁹⁾ Wenn zudem noch unter Berufung auf Homer gefragt wird, sollte es nicht auch in unserer Zeit möglich sein, "daß ein einziger Arzt ein Mensch sei, der viele andere aufwiege?" ²⁵⁰⁾ und wenn es schließlich heißt, das ärztliche Berufsgeheimnis zähle zu den Maßstäben, "mit deren Hilfe wir wie mit einem Reagens ganz genau feststellen können, was an den Idealen unserer Zeit echt ist und was eben nur fauler Zauber ist," ²⁵¹⁾ dann liegt es auf der Hand, daß angesichts solcher Schulmeisterei und Selbstgefälligkeit die Gegenfrage nicht auf sich warten läßt, "wo bei der Verteidigung des Vertrauensverhältnisses ... noch für ein ärztliches Berufsgeheimnis gestritten

247) Lenckner bei Göppinger, Arzt und Recht, S. 163, 188

248) Neuffer, Gedanken über den Arzt in unserer Zeit, Ärztl. Mitt. 1958, S. 379, 382

249) Sondermann Ärztl. Mitt. 1959, S. 1568, 1571; ders. 1960, S. 2034

250) Neuffer Ärztl. Mitt. 1958, S. 765 (Präsident d. Bundesärztekammer)

251) Sondermann Ärztl. Mitt. 1959, S. 1568

wird und wo der faule Zauber anfängt?" ²⁵²⁾

Selbst dem feierlich als "Philosophie des Schweigens" bezeichneten Leitsatz des 55. Dt. Ärztetages blieb achtloser Vorwurf ("massive berufsständische Selbstbeweihräucherung") ²⁵³⁾ nicht erspart:

"Schweigen ist ein wichtiger Faktor menschlicher Persönlichkeit (Max Picard). Aus dem Schweigen kommt die Tiefe gereifter und wohl abgewogener Entscheidung. Wo man die Kunst verantwortlichen Schweigens verlernt hat, verliert man einen wesentlichen Teil der menschlichen Beziehungen." ²⁵⁴⁾ In der Tat wird man sich angesichts eines solchen Leitsatzes nicht des Eindrucks erwehren können, daß er auf die Ärzteschaft in ihrer Ganzheit bestimmt nicht paßt, denn aus ihm spricht viel zu sehr das persönliche Glaubensbekenntnis und die Lebenseinstellung eines einzelnen ²⁵⁵⁾.

Erst unlängst war das Verhältnis Arzt - Patient Untersuchungsgegenstand einer Arbeitsgruppe für psychologische Marktanalysen ²⁵⁶⁾. Das Ergebnis muß ein herber Schock für die Ärzteschaft sein, denn nach den getroffenen Feststellungen soll der "Glorienschein, von dem Ärzte in den Augen ihrer Patienten umgeben waren," langsam

252) Wiebel, S. 110

253) Wiebel S. 132 Anm. 85

254) Ärztl. Mitt. 1952, S. 321 8. Leitsatz; die Schweigepflicht müsse wieder dem Beichtgeheimnis des Priesters angenähert werden

255) Wiebel S. 132 Anm. 85

256) nicht veröffentlichte Studie der pharma-marktforschung Nürnberg/Rückersdorf (Dr. K. Haupt); siehe dazu die Oberhessische Presse vom 24.7.1974

am verlöschen sein. Der Patient von heute betrachte den Arzt nicht mehr aus der "Froschperspektive" vergangener Jahre, sondern er ist mündiger geworden und "tritt ihm gegenüber selbstbewußter auf." Bei den befragten Ärzten soll Unbehagen darüber bestehen, daß sie es immer mehr mit "aufgeklärten Patienten" zu tun haben. Einige Ärzte stoßen sich an Halbbildung und Besserwisserei. Die befragten Patienten bezeichneten das Verhältnis zum Arzt häufig als "unpersönlich, medizinisch sachlich und oberflächlich."

Man wird der Ärzteschaft nicht absprechen können, daß ihre Bemühungen von dem hohen Ethos getragen sind, trotz der Vermassung und Technisierung des menschlichen Lebens, angesichts überfüllter Sprechzimmer und Krankenhäuser den kranken Menschen nicht aus den Augen zu verlieren ²⁵⁷⁾. Von diesem Standpunkt her leuchtet ein, daß eben nicht jeder rechtspolitisch wünschenswerte Zweck zum Anlaß genommen werden soll, die Schweigepflicht auch nur teilweise aufzuheben. Demgegenüber zeigt sich freilich an der Entwicklung zum Facharzt, dem Zusammenschluß zu Praxisgemeinschaften und der Verlagerung des Schwerpunkts ärztlicher Tätigkeit auf Krankenhäuser die zunehmende Transparenz des Arzt - Patient Verhältnisses. Gegenüber der gegenwärtigen Entwicklung zum ärztlichen Teamwork und zur computergesteuerten Labordiagnostik bezieht die Kassenärztliche Vereinigung eine vordergründige Abwehrstellung. Den Vorteilen der fachübergreifenden Gemeinschaftspraxis (mehrere Mediziner unterschiedlicher Fachrichtung) für Ärzte, daß Geräte und Hilfspersonal besser eingesetzt werden, bei schwierigen Fällen ein Erfahrungsaustausch stattfinden kann, in der ständigen Auseinandersetzung mit den Kollegen eine bessere Fortbildung erfolgt und dem Nutzen einer solchen Praxis für den Kranken, daß seine Leiden gründlicher untersucht, schneller er-

257) Neuffer Ärztl. Mitt. 1958, S. 1373; Schelsky aaO. S. 226

kannt, wirksamer bekämpft und eher in Zusammenhang mit sonstigen Lebensumständen gesehen werden, hält die verbündete Ärzteschaft entgegen, es ließe sich nicht mehr überprüfen, welche Leistungen der einzelne Arzt erbracht und ob er dabei nicht womöglich Geld der Krankenkasse verschwendet habe²⁵⁸⁾. Tatsächlich dürfte hinter diesen Widerständen die "profitorientierte Einstellung einer Mehrheit der niedergelassenen Ärzte" stecken²⁵⁹⁾, die sich in dem Konflikt zwischen medizinischer Notwendigkeit und finanziellem Anreiz erbittert gegen eine Umstrukturierung des ärztlichen Betriebes wehren.

Inwieweit Kostensteigerungen zukünftig zu einer immer engeren Zusammenarbeit zwingen, belegen folgende Zahlen:

Die Gesamtausgaben der Krankenversicherung haben sich im Bundesgebiet von 1968 bis 1973 von 21,5 Milliarden DM auf 43 Milliarden DM verdoppelt. Bei einer weiteren Steigerung im bisherigen Umfang wird man 1978 mit Ausgaben in Höhe von 90 Milliarden DM rechnen müssen, das werden rund 10% des gesamten Brutto-sozialprodukts sein. Da man auf die verbesserten Leistungen nicht verzichten kann, andererseits aber die Grenzen der Belastbarkeit der Versicherten bereits nahezu erreicht sind, muß man nach Wegen suchen, die Einsparungen ermöglichen oder zumindest Steigerungen im bisherigen Umfang verhindern²⁶⁰⁾. Bei diesen Bemühungen wird man an einem Strukturwandel des ärztlichen Be-

258) aus dem Wirtschaftsmagazin Capital, November 1974, S. 93; aus dem Magazin Der Spiegel, 1974 Nr. 46, S. 174; von den rund 48.000 zugelassenen Ärzten mit der Zulassung zu allen Krankenkassen arbeiten nur etwa 3.000 in der Gruppe, in der Bundesrepublik gibt es wohl erst eine einzige fachübergreifende Gemeinschaftspraxis

259) Scholmer, Patient und Profitmedizin, S. 47

260) Oberhessische Presse vom 9.8.1974

triebes nicht vorbei kommen. Es sind aufwendige Diagnosegeräte erforderlich, welche die ärztliche Einzelleistung verbilligen. Die Auslastung dieser Geräte ist freilich nur bei hohen Patientenzahlen gewährleistet, so daß die Entwicklung zwangsläufig zu Spezialzentren hinführt, die mit entsprechenden Diagnosegeräten und Laborautomaten ausgerüstet sind. Der Zwang zum Kosten-Nutzen-Denken nötigt also zu einer Neubesinnung innerhalb der Ärzteschaft. Dagegen sträubt sie sich seit Jahren.

Nicht zuletzt geht die Entwicklungsrichtung heute zu Vorsorgeuntersuchung und Verhüten von Krankheiten. Die Lehre von der Häufigkeit der Erkrankungen (Epidemiologie) ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung. Um Gefahrenherde in der Arbeitswelt oder in bestimmten Wohngebieten, Sozialschichten und Altersklassen zu ermitteln und damit die Früherkennungsmaßnahmen schwerpunktmäßig auszurichten, bedarf es einer Meldepflicht an eine zentrale Erfassungsstelle. Dagegen wehrt sich die Ärzteschaft mit dem Hinweis auf Bürokratie und wachsende staatliche Einflußnahme auf die ärztliche Berufsausübung²⁶¹⁾.

Diese Beispiele zeigen zur genüge, daß das Arzt-Patient Verhältnis einem grundlegenden Wandel unterworfen ist, der dem Versteck-Spielen mit Erkrankungen längst ein Ende bereitet hat. Das jeweilige "Geheimnis" muß zu Therapiezwecken einer Vielzahl von Spezialisten und medizinischem Personal zur Verfügung stehen, man denke dabei nur einmal an die ständige Gegenwart von Ärzten und Personal rund um die Uhr in Krankenhäusern. Das abgeschlossene Arzt - Patient Verhältnis mit dem Anspruch auf eine vollkommen freie Verfügungsbefugnis über das im Rahmen der Behandlung Anvertraute ist auf Grund gesundheitspoli-

261) vgl. dazu den Bericht des Magazins Der Spiegel, Nr. 46/1974, S. 158, 172; Scholmer aaO.

tischer Erfahrungen teilweise der Notwendigkeit zum Offenbaren gewichen. Diese Entwicklung wird sich nicht aufhalten lassen.

Die nicht zeitgemäße einseitige Betonung von Standesinteressen gegenüber den unabweisbaren Anforderungen der Sozialversicherung (auf dem 71. Dt. Ärztetag wurde die Pflicht zur Mitteilung der Diagnose an die Versicherungsträger als "Relikt der Jahrhundertwende" geißelt)²⁶²⁾, und der Sturmlauf gegen Offenbarungspflichten jeglicher Art erweckt den bitteren Eindruck, es gehe den Ärzten nicht mehr um die Sache selbst, sondern nur noch um die "Abwehr gesellschaftlicher Einflußnahmen"²⁶³⁾ auf die ärztliche Berufsausübung. Die vollkommene Abschirmung des Arzt - Patient Verhältnisses unter Hinweis auf standesethische Notwendigkeiten vermag angesichts seiner Entpersönlichung und Bedingtheit der Geheimhaltung nicht länger zu verfangen. Diese Entwicklung dürfte nicht ohne Rückwirkung auf die Stellung des Arztes als Zeuge im Prozeß sein. Die Sozialwerthaftigkeit seines Schweigens kann nicht mehr so bedingungslos gelten, denn die Entwicklung sozialer Wirkungszusammenhänge hat die Reizschwelle der Schweigepflicht verschoben. Es ist von daher zweifelhaft, ob sich die etwaige Einwirkung auf die Entschließungsfreiheit des Arztes, als Zeuge im Prozeß auszusagen oder nicht auszusagen, auf jeden Fall verbietet. Es ist weiter zu prüfen, ob sich dafür zusätzliche Anhaltspunkte ergeben.

262) NJW 1968, Heft 25, Umschlagseite IV

263) Wiebel aaO. S. 114; das ist umso besorgniserregender, als in einer arbeitsteiligen Gesellschaft eine zahlenmäßig geringe Spezialistengruppe - wie die Ärzte - eine Machtgruppe bilden, die in der Lage ist, ihren Willen einer Mehrheit aufzuzwingen.

III. Ärztliches Selbstverständnis

Die Fürsprecher einer vollkommen freien Entscheidungsbefugnis der Geheimnisträger machen geltend, die volle Entschließungsfreiheit der Berufsgeheimnisträger müsse deshalb gewährleistet bleiben, weil seine Entschließung ganz wesentlich von berufsethischen Wertungen und Erfahrungen abhängt und das Gericht bei dieser "berufsethischen Wertungen und Erfahrungen gegenüber unkundig" ²⁶⁴⁾. Die Frage der Offenbarung sei keine Rechtsfrage, sondern eine rein arztethische. Sie sei allein in das pflichtgemäße Ermessen seines Gewissens zu stellen und das Gericht solle dem Geheimnisträger "bezüglich Aussage oder Nichtaussage nicht dreinreden." ²⁶⁵⁾

Von welchen Maßstäben und Selbsteinschätzungen diese Auffassung ausgeht, ist bemerkenswert:

"Als Mitglied eines gebildeten Standes mit traditioneller, stark entwickelter Standesethik" müsse der Geheimnisträger wissen, "ob sich eine Aussage mit der Schweigepflicht verträgt." ²⁶⁶⁾ Denn in der Regel seien sie doch "Menschen von solchen persönlichen Qualitäten, daß man ihnen eine solche Dispositionsbefugnis ruhig anvertrauen kann;" ²⁶⁷⁾ "das müsse man 'von ihrer Intelligenz und Moral' erwarten dürfen." ²⁶⁸⁾ Was vom Arzt zu verlangen sei, sei lediglich, "daß er mit einer standesethisch zu verantwortenden Intention auf Sachlichkeit an diesen Wertvergleich herangeht. Was die Richtigkeit seines Schweigens oder seiner Ge-

264) Eb. Schmidt, Komm. zur StPO, § 53 Anm. 26

265) Eb. Schmidt, aaO., siehe auch oben Anm. 86

266) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 57

267) Hippe GA 46, S. 292

268) Hippe aaO.

heimnisoffenbarung ausmacht, ist letztlich nur die einwandfreie Tendenz seines Handelns." ²⁶⁹⁾

Das sind anspruchsvolle Sätze und es wäre zu wünschen, sie würden mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Aber selbst ein glühender Verfechter ärztlicher Schweigepflicht scheint Zweifel zu hegen, wenn er nur wenig später sagt, "ob der Arzt auf Grund pflichtgemäßen Ermessens zu der einen oder anderen Entscheidung gekommen ist, wird sich praktisch jeder Feststellungsmöglichkeit entziehen." ²⁷⁰⁾

Eigennützige Beweggründe werden der Entscheidung des Geheimnisträgers mehr oder minder immer zu Grunde liegen, denn für den Fall der Geheimnisoffenbarung droht ihm eine Bestrafung wegen Geheimnisbruch. Schon deshalb wird er in den Fällen, die für ihn zweifelhaft sind, sich lieber für die Schweigepflicht entscheiden, als sich der Gefahr der Bestrafung auszusetzen. Das ist um so verhängnisvoller, als die Gefahr der Bestrafung immer nur den verantwortungsbewußten Arzt trifft, nicht aber den gewissenlosen, der "sich in den Elfenbeinturm seines Schweigens zurückzieht." ²⁷¹⁾ Da das Ständesrecht keine Maßnahme dafür vorsieht, im Fall der Fehlentscheidung eine Offenbarung zu erzwingen, ist der Teufelskreis geschlossen ²⁷²⁾.

Es ist nachgerade beruhigend, wenn in neuerer Zeit selbst ärzt-

269) Eb. Schmidt, NJW 1962, S. 1749 r.Sp.

270) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 64

271) Martin DAR 1970, S. 304 r.Sp.; Bedenken schon bei Finger Vergl. Darst., BT, Bd. VIII, S. 367 Fußn. 2

272) Ackermann DJT-Festschrift 1960, S. 493, 495

licherseits Stimmen laut werden, die es für sehr fragwürdig halten, daß der Arztberuf besonderer ethischer Befähigung bedürfe, die nicht auch bei anderen Berufen aufzufinden seien ²⁷³⁾. Befreit von allen liebgewonnenen standesethischen Schnörkeln wird an dem gerüttelt, was bislang wert und teuer schien, daß aus der Schweigepflicht eine "Erhöhung des Arztstandes" ²⁷⁴⁾ im Vergleich zu anderen Berufsgruppen herzuleiten sei. Wörtlich heißt es: "... Großes Menschtum gibt es überall. Es fehlt der Beweis dafür, daß es sich unter Ärzten besonders häufig findet. Wir kennen alle erbärmlichen Haltungsstile von Ärzten aus der hinter uns liegenden Zeit, und auch heute begegnen sie uns immer wieder, wie die vielen Skandale über ärztliche Gutachten hinreichend deutlich machen." ²⁷⁵⁾ Derart offene Worte aus dem Munde von Medizinern wiegen doppelt schwer und bedürfen wohl keiner weiteren Erläuterung, denn sie spiegeln das wieder, was die Wechselfälle des täglichen Lebens lehren: keineswegs erfüllt die Gesamtheit der Ärzte die an sie gestellten sittlichen Anforderungen ²⁷⁶⁾.

Der heutige Betrieb an den Universitäten hat gewiß mit zu einer Ernüchterung ärztlicher Kreise beigetragen. In diesem schwer überschaubaren Rahmen der Massenabfertigung wird von einer

273) Schaefer, Äztl. Mitt. 1959, S. 1304

274) so aber ausdrücklich Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 43 Anm. 3 letzter Satz

275) Grömig NJW 1970, S. 1210 r.Sp., vgl. auch die dort angegebene Literatur; siehe z.B. das fragwürdige psychiatrische Gutachten im Fall des Münsteraner Sozial-Anwalts Weigand ZRP 1974, S. 214 Bespr. von J. Blomeyer, NJW 1974, S. 312, 556, 595; gleichgelagerte Kritik zur Erhöhung des Richterstandes Mitscherlich, Richter ohne Roben in Der Deutsche Arzt, 1970, S. 285

276) Spann, Einl. S, XX

Betonung ethischer Werte kaum noch die Rede sein können; hier wird allenfalls Fachwissen vermittelt werden können. Als Ausbildungsfach wird ärztliche Rechts- und Standeskunde ohnehin gering genug geachtet²⁷⁷⁾.

Es kann daher nicht überraschen, in welcher Form die Gewissensentscheidung des Arztes in der täglichen Rechtsanwendung verschiedentlich eingeschätzt wird. Da heißt es unter anderem sehr beredt: "Das Gewissen eines Arztes zum Maßstab seiner Rechte zu machen, ist, als ob man den jeweiligen Fuß zum Längenmaße machen wollte: What an uncertain measure would this be." ²⁷⁸⁾

Gewiß, dieser Satz ist überspitzt. Aber ist es nicht natürlich, daß die außerordentliche Forderung der Ärzteschaft nach einer nicht überprüfbaren Gewissensentscheidung Widersacher auf den Plan rufen mußte und deshalb der Vorwurf erhoben wird, der Anspruch auf eine vollkommen losgelöste Entscheidungsbefugnis über Aussage oder Nicht-Aussage werde doch sehr oft eine unge-rechtfertigte Übersteigerung des Berufsrechts sein? ²⁷⁹⁾ Sollen etwa "Juristen nur über Juristen urteilen dürfen?" ²⁸⁰⁾

Was es nach Ansicht der Ärzteschaft mit ihrer freien Gewissensentscheidung auf sich hat und wohin die Richtung geht, wird an einer EntschlieÙung des 60. Dt. Ärztetages zur Frage des fahruntüchtigen Kraftfahrers deutlich: alle Versuche, die ärztliche

277) Spann, Einl. S. XVIII; Scholmer aaO. S. 151, 152; Niedermeyer, Ärztliche Ethik, S. 59

278) Martens NJW 1970, S. 499 I. Sp. unten, in Abwandlung eines Satzes des englischen Juristen John Selden

279) Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 99

280) Bosch aaO. S. 86 Fußn. 267

Schweigepflicht aus Zweckmäßigkeitsgründen unter Berufung auf ein höheres Rechtsgut auszuhöhlen, müßten zurückgewiesen werden; die juristische Möglichkeit, ein ärztliches Berufsgeheimnis bei Obwalten eines höheren Rechtsgutes preiszugeben, dürfe nicht in eine sittliche Pflicht zum Offenbaren umgedeutet werden²⁸¹⁾. Ganz in diesem Sinne heißt es in § 2 Abs. 4 der Berufsordnung der deutschen Ärzte: "Der Arzt ist zur Offenbarung befugt, aber nicht verpflichtet, soweit er von der Schweigepflicht entbunden worden ist oder soweit die Offenbarung zum Schutz eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist. Letzteres gilt auch für die Aussage in gerichtlichen Verfahren."²⁸²⁾

Im Grunde wird mit diesen beiden Leitsätzen der juristischen Wertung jede sittliche Verpflichtung zur Geheimnisoffenbarung abgesprochen. Darüber hinaus wird die rechtliche Interessenabwägung, der überhaupt erst die Ausnahme von der allgemein bestehenden Zeugnispflicht zu verdanken ist, von der Ärzteschaft als nicht verbindlich betrachtet. Wohl wird das Zeugnisverweigerungsrecht als Schutzvorschrift in Anspruch genommen, aber an den dahinter stehenden Grundsatz des Überwiegenden Interesses will man nicht gebunden sein.

IV. Einwände aus dem Bereich der Ethik gegen das bisherige Ergebnis

Es fragt sich, ob die Wertvorstellungen der Rechtsgesellschaft,

281) Herold, Ärztliche Schweigepflicht und Kraftfahrzeugführerschein, Med. Klinik 1958, S. 1617; Wiebel, Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen, S. 96

282) § 2 der Berufsordnung des Dt. Ärztetages in der Neufassung des 73. Dt. Ärztetages, Dt. Ärzteblatt 1970, S. 2022; sehr aufschlußreich Spann S. 244: "Bei der Abwägung der Interessen sollte der Arzt stets bemüht sein, die Schweigepflicht in den Vordergrund seiner Überlegungen zu stellen."

die in dem Zeugnisverweigerungsrecht zum Ausdruck kommen, vor dem standesethischen Alleinvertretungsanspruch zurückweichen dürfen²⁸³⁾. Auch standesethische Entscheidungen bedürfen letztlich der Legimation durch die Rechtsordnung. Wo über ärztliche Pflichten zu urteilen ist, müssen den Maßstäben der Standesethik stets auch die Interessen der Nichtstandesangehörigen und der hierfür maßgeblichen Normen gegenübergestellt und mit ihnen gemeinsam erwogen werden²⁸⁴⁾.

1. Sozialethik - Individualethik

Ethik ist die Lehre vom richtigen Handeln. Sie errichtet Forderungen an das menschliche Handeln und Wegweisungen für das Verhalten des Menschen in der Gesellschaft. Die Sozialethik im besonderen spricht das Bewußtsein der Gesellschaft von den Maßstäben aus, denen der Mensch als gesellschaftliches Wesen im gesellschaftlichen Gefüge untersteht. Demgegenüber hat die Individualethik das sittliche Verhalten des einzelnen und die Normen für sein Leben, die "Tugenden" seines persönlichen Lebens, zum Gegenstand.

Die Sozialethik fragt nach den Maßstäben und Verhaltensmustern, die für das Zusammenleben in der Gesellschaft unerlässlich sind. Sozialethische Grundsätze müssen immer da Platz greifen, "wo zwischen zwei oder mehreren Menschen eine übergeordnete Einheit begriffen wird, in welcher nicht mehr dieser oder jener in seiner gesonderten Beziehung zum eigenen Ziel, sondern vielmehr

283) in diesem Sinne bereits Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 86: "Darf die allgemeine Rechtsordnung ... vor dem Standesrecht kapitulieren?"

284) Steindorff JZ 1963, S. 371

beide zusammen als Ganzes erfaßt werden." ²⁸⁵⁾ Die Gesellschaft wird durch die Gesamtheit aller sozialen Bindungen und Gefüge gekennzeichnet, in der sich gemeinsame Vorstellungen herausbilden. Die gemeinsamen Vorstellungen oder Erwartungen der Gesellschaft beruhen auf dem sozialen Wesen des Menschen unter steter Berücksichtigung der sozialen Gegebenheiten. Die Sozialethik erfaßt die Institutionen, "welche die Gesellschaft als menschliche Gesellschaft so qualifizieren, daß die Gesellschaft ihren menschlichen Charakter verlieren müßte, und das Gemeinleben der Menschen, ihr Miteinander, zugrundegehen würde." ²⁸⁶⁾ Auf Grund der Erkenntnis von den Bindungen und Maßstäben, die zur Erhaltung und Gestaltung der menschlichen Gesellschaft notwendig sind, erwartet die Gesellschaft von ihren Mitgliedern Verhaltensweisen nach den allgemein-ethischen Normen. Diese Vorstellungen und Erwartungen bilden die sittliche Ordnung für eine menschengerechte Gesellschaft. Das Verhalten, das die Gesellschaft von dem einzelnen erwartet, macht sie ihm zur Pflicht ²⁸⁷⁾.

In Gegensatz dazu kann sich die individuell-subjektiv bezogene Gewissensentscheidung stellen, durch die sich das Einzelsubjekt verwirklicht. Es besteht die Freiheit, individuelle Entscheidungen zu treffen, die nicht an dem sittlichen Verhalten der Mitwelt orientiert sind, sondern an der persönlichen Überzeugung. Die

285) Utz, Sozialethik, I. Teil, Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, S. 87

286) Wendland, Einführung in die Sozialethik, S. 16

287) man kann mit anderen Worten auf einen sozialen Pflichtenkreis - "den Erwartungen und Forderungen der Gemeinschaft an den einzelnen" - abstellen, so "daß jeder Pflicht ein Sollen, eine Forderung der Sozietät gegenüber dem einzelnen zugrundeliegt", Otto, Pflichtenkollision, S. 15

individualethische Entscheidung kann deshalb mit den in der Gesellschaft herrschenden sittlichen Anforderungen in Konflikt geraten. Die materiale Gerechtigkeit der allgemeinen Rechtsordnung und die materiale Ethik des persönlichen Gewissens können auseinandergehen²⁸⁸⁾.

Es fragt sich, wieweit die Gesellschaft subjektive Anforderungen und Erwartungen berücksichtigen und die Geltendmachung einer Ethik besonderer Ausprägung zulassen kann. Geht man davon aus, daß die Sozialethik "auf der Dialektik von Personen und Gesellschaft" beruht, so ist dem Umstand Rechnung zu tragen, daß der einzelne nicht als isolierter Einzelmensch allein auf sich gestellt sondern als Glied der Gesellschaft lebt²⁸⁹⁾. Da der einzelne eine soziale Existenz ist und als einzelner ohne diese nicht begriffen werden kann, muß sich die individuelle Entscheidung an sozialetischen Maßstäben messen lassen. Die Maxime sozialer Entscheidung lehnt die absolute Freiheit und Bindungslosigkeit im Blick auf den Vorrang des Gemeinwohls ab²⁹⁰⁾. Dem Gemeinwohl geht es um den relativ gerechten Ausgleich von Interessengegensätzen. Es ist ein Gebot der sozialen Ethik, zum Schutze höherwertiger Rechtsgüter geringerwertige aufzuopfern, weil der Allgemeinheit im Kollisionsfalle die Erhaltung der höherwertigen Rechtsgüter mehr zum Wohle dient als der Bestand der geringerwertigen²⁹¹⁾.

288) Wieacker, JZ 1954, S. 466

289) Wendland aaO. S. 22

290) Utz aaO. S. 145

291) Gallas, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 12. Bd., S. 178; Welzel ebenda S. 179; Enneccerus-Nipperdey, AT des BGB, 15. Aufl., 2. Halbband S. 1446; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 223; Schröder, SchwZStr. Bd. 76, S. 1 ff, Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund

Dieser Maßstab ist sachgerecht, weil er aus der Begegnung mit den sozialen Realitäten stammt. Man wird deshalb eine individuelle Entscheidung als unbeachtlich ansehen können, sofern ein Opfer erforderlich würde, das so unverhältnismäßig wäre, daß eine solche Verhaltensweise von jedem billig und gerecht Denkenden als verwerflich angesehen würde²⁹²⁾.

2. Sozialethische Grundlagen der Rechtsordnung

Das Verhältnis des Rechts zur Sittlichkeit war in den letzten 270 Jahren längst nicht selbstverständlich. Auf Thomasius ist die Trennung der äußeren Pflicht (*obligatio externa*) des Rechts von der inneren Pflicht (*obligatio interna*) der Sittlichkeit zurückzuführen²⁹³⁾. Die völlige Trennung des Rechts von der Moral verband sich in der weiteren Entwicklung mit den Namen Kant, Fichte und Kelsen und erstarkte im 19. Jahrhundert zur allgemeinen Meinung²⁹⁴⁾.

Ausgehend von der Sittlichkeit gilt es als erstes eine Begründung dafür zu finden, auf Grund welchen Vorganges die sittlichen Wertvorstellungen für den einzelnen zur Pflicht werden. Kant meisterte diese Schwierigkeit dadurch, indem er von dem Menschen als einem vernünftigen Wesen in einem "Reich der Zwecke" aus-

292) vgl. auch Bosch und Habscheid in JZ 1954, S. 213 und JZ 1956, S. 297; Blomeyer JZ 1954, S. 309 und Wieacker S. 466

293) Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, Buch 1, Kap. 5 § 17: "Ergo ius omne externum est, non internum. Ergo eadem dicenda sunt de obligatione iuri respondente, i.e. externo"; siehe auch Binder, *Philosophie des Rechts*, S. 819, 820; "Die Gebote der Rechtsordnung setzen sich durch den äußeren Zwang des Staates durch ... und verpflichten insofern nicht."

294) siehe dazu "Welzel DJT-Festschrift 1960, Gesetz und Gewissen, S. 383 ff.; Arthur Kaufmann, *Recht und Sittlichkeit*, S. 7 ff.

ging²⁹⁵⁾. Unter einem Reich verstand er "die systematische Verbindung verschiedener vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche Gesetze."²⁹⁶⁾ Die sittlichen Gesetze seien als reine Vernunftgesetze so beschaffen, daß der einzelne als vernünftiges Wesen in den Wertgehalt des sittlich Gebotenen einstimmen kann²⁹⁷⁾. Er könne sich somit als Mitgesetzgeber betrachten, der sich das sittlich Gebotene selbst verpflichtend vorschreibt. Es sei seine Ordnung, "der Wille wird also nicht lediglich dem Gesetze unterworfen, sondern so unterworfen, daß er auch als selbstgesetzgebend und eben um deswillen allererst dem Gesetze, (davon er sich als Urheber betrachten kann), unterworfen angesehen werden muß".²⁹⁸⁾ Die freie Selbstbindung an die sittliche Ordnung bedeute, "daß der Wille die Forderung nicht als fremdes äußerliches Gebot blind übernimmt - das wäre Heteronomie - sondern so, daß er sie auf Grund der Einsicht in ihre Richtigkeit und ihre Gültigkeit in sich aufnimmt und sich selbst vorschreibt" (Autonomie)²⁹⁹⁾. Die sittlichen Pflichten sind danach eigengesetzlich (autonom)³⁰⁰⁾. Auf Grund der Einsicht in den Wertgehalt des sittlich Gebotenen habe er das Bewußtsein, der Norm gehorchen zu wollen. Er sei ihr damit im Gewissen als Sollensordnung verpflichtet. Die innere Pflicht der Sittlichkeit sei eine Gewissenspflicht³⁰¹⁾.

295) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 291 (Cassirer)

296) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 292

297) Kant, Kritik der praktischen Vernunft, S. 89 (Cassirer)

298) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 290

299) Welzel, DJT-Festschrift 1960, S. 391

300) Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, S. 18

301) Binder, Philosophie des Rechts, S. 819, 820

Während die Sittlichkeit als autonome Gesetzgebung des Gewissens betrachtet wird, soll im Gegensatz dazu das Recht eine "heteronome Zwangsregelung" darstellen. Die Gebote der Rechtsordnung können sich danach nur durch den äußeren Zwang des Staates durchsetzen "und verpflichten insoweit nicht" ³⁰²⁾. Von einem als "heteronome Zwangsregelung" verstandenen Recht könne kein inneres Sollen sondern nur ein Müssen ausgehen. Das Recht sei eine bloße Zwangsregelung, die von außen durch staatlichen Zwang herangetragen wird. Es " ... ist schlechthin Gewalt. Von einem Sollen, einer Pflicht enthält es nichts." ³⁰³⁾ Die Geltung des Rechts sei nicht davon abhängig, daß sie der Einzelne in seinem Gewissen als verpflichtend bejahe.

Die positivistische Rechtstheorie ist nur von der Überzeugung des 19. Jahrhunderts her verständlich, daß "der gewissenhafte Gesetzgeber schon das Rechte anordnen werde" und "der gesetzlichen Vorschrift zu folgen," sei allemal Recht ³⁰⁴⁾. Man begab sich damit der Möglichkeit, den äußeren Zwang des Rechts von der sittlichen Pflicht des Gewissens her einzudämmen ³⁰⁵⁾. Zu welchem Unheil die vollkommene Ablösung des Rechts vom Sittengesetz führte, indem das Recht gewissenlos in Gegensatz zur Sittlich-

302) Binder aaO. S. 819

303) Laun, Recht und Sittlichkeit, S. 8; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 37: "Nicht die äußere Norm als solche vermag zu verpflichten, vielmehr nur die Aufnahme der Norm in das eigene Gewissen,"; Thielicke, Theologische Ethik, Bd. 2, Teil 2, Ethik des Politischen, Nr. 1261, 1291; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 127 ff.; Otto spricht in diesem Zusammenhang von einem "Rechtswertelerlebnis", Pflichtenkollision S. 42/43

304) Welzel, DJT-Festschrift 1960, S. 383; Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, S. 8

305) Welzel in Hugelmann-Festschrift, S. 833

keit trat, hat die Vergangenheit gelehrt. Spätestens an diesem Punkt mußte eine Neubesinnung einsetzen. Das Recht durfte fortan seine Geltungs- und Verpflichtungskraft nicht mehr auf staatlichen Zwang zurückführen, es mußte seine Geltungs- und Verpflichtungskraft aus dem sittlich Gebotenen ableiten³⁰⁶⁾. Recht und Moral durften sich nicht mehr durch Heteronomie (Äußerlichkeit) und Autonomie (Innerlichkeit) unterscheiden, vielmehr mußte die Geltungskraft des Rechts in der Sittlichkeit begründet sein³⁰⁷⁾. Die sittliche Pflicht bindet kraft des ihr innewohnenden Wertgehalts als "Vernunftordnung, Sinnordnung und Wertordnung."³⁰⁸⁾ Derselbe Wertgehalt muß auch der Rechtsordnung zu Grunde liegen, um das Recht von der bloßen Gewalt zu scheiden. Da der Rechtsbefehl auf ein moralisches Ziel gerichtet ist, ist der Kampf ums Recht, Kampf für die sittliche Selbstbehauptung der Persönlichkeit³⁰⁹⁾. Der Kampf ums Recht ist selbst eine sittliche Pflicht. "In dem Recht besitzt und verteidigt der Mensch seine moralische Daseinsbedingung", indem es ihm die moralische Pflichterfüllung ermöglicht³¹⁰⁾.

Jellinek bezeichnete das Recht als "ethisches Minimum" und für Laun war Recht und Sittlichkeit ein und dasselbe³¹¹⁾. Der BGH spricht denn auch von einer Übereinstimmung des Rechts mit dem

306) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 344

307) Arthur Kaufmann, aaO., S. 30; Radbruch, Rechtsphilosophie S. 133; ders. Vorschule, S. 34; zu Macht- und Anerkennungstheorie siehe Welzel in Hugelmann-Festschrift, S. 837/840 und Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 288 Ziff. 3

308) Welzel, DJT-Festschrift 1960, S. 392; Laun, Recht und Sittlichkeit, S. 49

309) v. Ihering, Recht und Sitte, S. 21

310) Arthur Kaufmann aaO., S. 17; Radbruch, Vorschule, S. 37/38

311) Jellinek, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, S. 45; Laun, Recht und Sittlichkeit, S. 15

Sittengesetz und von der dem Recht "vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte"; ³¹²⁾ an dieser Stelle soll die These des BGH dahinstehen, ob sich der Inhalt der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze nicht deswegen ändern kann, weil die Anschauungen über das was gilt, wechseln. Die Annahme eines objektiv gültigen Sittengesetzes und die Ablehnung des "inhaltlosen Relativismus, der zerstörend wirkt, weil ihm nichts anderes als die soziale Wirklichkeit ohne jede Bewertung zur Richtschnur dient", wird sich kaum aufrechterhalten lassen ³¹³⁾.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß sich die Gebote und Verbote des Rechts auf Bewertungen, auf Billigungen und Mißbilligungen durch die Gesellschaft gründen. Das Recht als Bewertungsnorm setzt das Urteil voraus, "daß dem Verlangten ein besonderer und eigentümlicher Wert zukomme, weswegen es eben gefordert wird" ³¹⁴⁾. Dabei steht das Recht unter dem Maßstab der Zweckmäßigkeit. Es soll das Gemeinschaftsleben zweckmäßig gestalten. Diese Zwecke sollen zur Richtschnur für den einzelnen in der Gemeinschaft dienen. Die Rechtsgesellschaft kann von daher Verhaltensweisen, die ihren Wertentscheidungen widersprechen, nicht ausdrücklich erlauben, sonst würde das Recht in Gegensatz zur Sittlichkeit treten ³¹⁵⁾.

312) BGHSt 6, S. 46/52

313) kritisch Otto, Pflichtenkollision, S. 10; zum Relativismus vgl. u.a. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 93 ff.; Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 263

314) Jodl. Allgemeine Ethik, S. 26

315) Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, S. 29; vgl. im übrigen Fechner, Rechtsphilosophie, S. 109/110; "Lebendiges Recht kann geradezu als Spiegelung der in einer Gesellschaft herrschenden Wertvorstellungen bezeichnet werden."; zur Entwicklung der "Befreiung des Strafrechts von der Moral" und die Hinwendung zur sozialethisch begründeten Pflicht vgl. Bockelmann in Gedächtnisschrift für Radbruch, S. 252 ff.; Otto, Pflichtenkollision, S. 15 Fußn, 58 und S. 15 oben

Eine vorbehaltliche Gleichsetzung von Recht und Sittlichkeit verbietet sich freilich. Wer sich im äußeren Rahmen des Rechts hält, kann dennoch "ein Schuft in seiner Gesinnung sein" ³¹⁶⁾. Während das Recht nur die Übereinstimmung der äußeren Handlung mit dem Gesetz verlangt, fordert die Moralität die Übereinstimmung mit der Gesinnung. Das Recht bedarf auch stets einer kritischen Überprüfung auf seinen Gerechtigkeitsgehalt. Die soziale und politische Wirklichkeit ist einem fortwährenden Wandel unterworfen, so daß die Frage nach dem gerechten Recht eine entsprechende Fort- und Umbildung des positiven Rechts verlangt. In einer Demokratie gestaltet die Mehrheit ihre Ordnung nach ihren Maßstäben, so daß die sozialetischen Wertvorstellungen der Mehrheit das Recht prägen.

3. Anerkennung individualethischer Entscheidungen durch die Rechtsordnung (Bundesverfassungsgericht)

Ausgangspunkt für die Anerkennung individualethischer Entscheidungen durch die Rechtsordnung ist Art. 4 Abs. 1 des Grundgesetzes. Nach dieser Vorschrift sind die Freiheit des Glaubens und des Gewissens unverletzlich. Das BVerfG hat insbesondere in seinen Urteilen zur Wehrdienstverweigerung ³¹⁷⁾, zur Verweigerung des Ersatzdienstes ³¹⁸⁾, zur Ablehnung einer lebensrettenden Bluttransfusion ³¹⁹⁾ und zur Eidesverweigerung ³²⁰⁾ Maßstäbe für die

316) Arthur Kaufmann aaO. S. 31; zu Dohna, Kernprobleme der Rechtsphilosophie

317) BVerfGE 12, S. 46

318) BVerfGE 19, S. 135; bestätigt BVerfG NJW 1968, 679

319) BVerfGE 32, S. 98

320) BVerfGE 33, S. 23

Anerkennung individuellethischer Entscheidungen gesetzt.

Die Rspr. macht die Anerkennung einer Gewissensentscheidung von der Unterscheidung zwischen "Gut" und "Böse" abhängig und davon, daß "ein freiwilliges oder erzwungenes Zuwiderhandeln die sittliche Persönlichkeit des betroffenen beeinträchtigen oder zerstören" könnte³²¹⁾. Eine Gewissensentscheidung ist danach eine "sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der einzelne in einer bestimmten Lage für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte"³²²⁾. Das Gewissen mit seinen Forderungen, Mahnungen und Warnungen enthält unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens³²³⁾.

Die vom Grundgesetz garantierte Gewissensfreiheit bedeutet, daß der einzelne nicht gezwungen werden darf, etwas tun zu müssen, was von seinem Gewissen als "böse" ihm untersagt ist³²⁴⁾. Die Gewissensfreiheit verbürgt das Recht, anders als die Allgemeinheit zu sein. Daraus folgt, daß das Gewissen mit dem Denken der Allgemeinheit nicht übereinzustimmen braucht. Die Gewissensentscheidung kann die Überzeugung der Mehrheit mißachten³²⁵⁾. Dabei erstreckt das BVerfG das Grundrecht der Gewissensentscheidung in den Bereich des äußeren Handelns. Die Freiheit der Gewissens-

321) BVerfGE 12, S. 55; BVerwGE 7, S. 242/247; Maunz-Düring Art. 4 Anm. 124

322) BVerfGE 12, S. 45

323) Podlech, Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat, AöR 88 (1963), S. 185

324) Arndt NJW 1966, S. 2205

325) Arndt aaO.

entscheidung schließt die Freiheit der Gewissensverwirklichung ein. Es besteht somit kein Zwang, sich den Normenkomplexen der Rechtsgesellschaft zu unterwerfen. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit soll sich als allgemeines "Wohllollensgebot" gegenüber Gewissenstütern auswirken³²⁶⁾.

Eine derartige Garantie der Gewissensverwirklichung birgt die Gefahr, daß das gesamte Recht aus den Angeln gehoben wird, woraus sich unerträgliche Konsequenzen ergeben würden. Das wirft die Frage auf, in welchem Umfang die Freiheit verbürgt ist, gemäß der zugrundeliegenden Gewissensentscheidung zu handeln. Es ist die Frage nach den Schranken für die Freiheit der Gewissensverwirklichung bzgl. der Rechte Dritter und bzgl. des allgemeingültigen Sittengesetzes (Drittwirkung der Gewissensfreiheit)³²⁷⁾.

Das BVerfG zieht die Grenze des Art. 4 Abs 1 dort, wo die Notwendigkeit beginnt, dem Wohl des Gemeinwesens den Vorzug einzuräumen³²⁸⁾. Das Grundgesetz schützt nicht schlechthin jede Betätigung und Überzeugung, sondern nur solche, die sich bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Lauf der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet haben³²⁹⁾. Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit findet deshalb seine Grenze in der allgemeinen Sittenordnung³³⁰⁾. Der Staat muß auch gegenüber der

326) BVerfG NJW 1968, S. 891

327) vgl. u.a. Maunz-Dürig Art. 4 Anm. 146

328) BVerfGE 33, S. 36

329) BVerfGE 12, S. 4

330) Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV, 1, S. 37

Gewissensentscheidung des einzelnen seiner Pflicht zur Sicherung der menschlichen Existenz nachkommen³³¹⁾. Ausgehend von dem Menschenbild des Grundgesetzes, nach dem das Individuum in die Gemeinschaftsgebundenheit hineingeboren ist, können die dem Individuum verbürgten Freiheiten niemals ohne jegliche Schranken begriffen werden³³²⁾, so daß jedes Grundrecht aus dem Wertsystem des Grundgesetzes selbst gewissen Grenzziehungen zugänglich sein muß. Zwar ist auch dem Außenseiter und Sektierer die Entfaltung seiner Persönlichkeit gestattet, Schranken müssen aber dann gezogen sein, wenn sich der einzelne in Widerspruch zu anderen Wertentscheidungen des Grundgesetzes stellt und aus seinem Verhalten "fühlbare Beeinträchtigungen für das Gemeinwesen oder die Grundrechte anderer erwachsen"³³³⁾. Diese Beeinträchtigungen sind auf ihre "Sozialerträglichkeit"³³⁴⁾ zu prüfen, wobei insbesondere Leben, Gesundheit und Freiheit anderer als grundlegende Güter des Einzelmenschen die verfassungsrechtlichen Schranken für die Gewissensverwirklichung aufstellen.

So anerkennenswert eine den Wertvorstellungen der Rechtsgesellschaft widersprechende Gewissensentscheidung auch sein mag, so darf das doch nicht dazu verführen, den Schutz der objektiven Ordnung gegen Verletzungen aus den Augen zu verlieren. Die Verletzung der sittlichen Ordnung im Leiden seiner Opfer "verlangt in erster Linie unser Mitgefühl, unsere Teilnahme und - wenn möglich und nötig - tätige Hilfe." Als überindividuelle Ordnung muß das Recht "nicht nur eine Ordnung für den Handeln-

331) Maunz-Dürig, Art. 4 Anm. 149

332) BVerfGE 32, S. 107/108

333) BVerfGE 33, S. 29

334) Scheuner ZevKR 1970, S. 252

den (Unterlassenden), sondern auch für den Leidenden, d.h. dem von der Handlung (oder Unterlassung) Betroffenen sein." 335)

335) Welzel, Gesetz und Gewissen, DJT-Festschrift 1960, S. 396; siehe auch das Gutachten Peters zum 46. DJT, Bd. I Teil 3 A, S. 148 Buchst. b. m. w. N. zur Unterscheidung Gewissen - Überzeugung; ders. in Hellmuth Mayer Festschrift, Zur Unterscheidung von Gewissenstäter und Überzeugungstäter, S. 257

Fünfter Teil

Ergebnis und Praktikabilität des Ergebnisses

Ein Vergleich der Fälle, in denen der Geheimnisträger von sich heraus freiwillig die Pflicht zum Schweigen brach, mit den Fallgestaltungen, in denen das unbedingte Festhalten an der Pflicht zum Schweigen in Widerspruch zu den Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft steht, hat ergeben, daß ein Zwang zur gerechtfertigten Aussage das Vertrauen in die Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen nicht mehr und nicht weniger berühren kann, als wenn der Geheimnisträger die Pflicht zum Schweigen freiwillig selbst bricht. Entscheidend muß allein sein, ob die Rechtsgemeinschaft den Geheimnisbruch als solchen rechtfertigt und nicht, ob der Arzt auf Grund freier Entschließung zufällig richtig die Offenbarung wählt. Außerdem treten derartige Fallgestaltungen nicht allzuhäufig in Erscheinung. Von wenigen Ausnahmen wird das Vertrauen in die Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen gewiß nicht bis in seine Grundfesten erschüttert werden können.

Zudem hat ein Vergleich des ärztlichen Selbstverständnisses in unserer Zeit mit den gegenwärtigen sozialen Wirkungszusammenhängen ergeben, daß die althergebrachten standesethischen Grundsätze mit der Wirklichkeit nur noch zum Teil übereinstimmen. Technisierung, Spezialisierung und Massenabfertigung haben zu einer Entpersönlichung des Arzt - Patient Verhältnisses beigetragen, die ein inniges Vertrauensverhältnis, zu dessen Schutz die Pflicht zum Schweigen mitgedacht war, nur noch in einem geringen Umfang zur Entstehung kommen lassen. Die staatliche Daseinsvorsorge auf dem Gebiet des Gesundheits- und Rentenwesens hat ein notwendiges Ausmaß angenommen, das zwecks Erlangung größerer persönlicher Vorteile zu einer geduldeten Einengung des persön-

lichen Geheimbereichs geführt hat. Der für die Pflicht zum Schweigen erhebliche Bereich ist kleiner geworden. Dementsprechend empfindet die Rechtsgesellschaft gewisse Störungen dieses Rechtsgutes nicht als sozialwidrig. Die standesethischen Leitsätze stehen zum Teil nur noch als Wunschvorstellungen da.

Die bisherige Prüfung hat weiter ergeben, daß aus der rechtlichen Möglichkeit der Interessenabwägung, ein ärztliches Berufsgeheimnis bei Obwalten eines höheren Rechtsgutes preiszugeben, durchaus auf eine sittliche Pflicht zum Offenbaren geschlossen werden kann. Der Grundsatz des überwiegenden Interesses steht im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung. Die Rechtsordnung ist für den Einzelnen - auch für den Arzt - in ihren Wertentscheidungen grundsätzlich verbindlich.

Insgesamt sprechen keine entscheidenden Gesichtspunkte dafür, die Geltendmachung der Pflicht zum Schweigen im Prozeß ohne jeden Vorbehalt hinzunehmen. Die Prüfung hat im Gegenteil ergeben, daß es von Fall zu Fall angeraten ist, auf den Entschließungsvorgang des Arztes als Zeugen einzuwirken. Immer dann, wenn die Rechtsgesellschaft dem hinter der Schweigepflicht stehenden Rechtsgut den Strafrechtsschutz verwehrt, weil ein anderes stärkeres Interesse überwiegt, geht zugleich auch die verfahrensrechtliche Absicherung desselben Rechtsguts ihres Sinnehalts verlustig.

Eine andere Frage ist, wie sich das rechtliche Ergebnis auf die Anforderungen der Wirklichkeit im Prozeß so anwenden läßt, daß das Berufsgeheimnis möglichst gewahrt bleibt. Es gilt nach wie vor, tunlichst zu vermeiden, daß das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit gewisser Berufskreise leidet und sich dadurch Kranke vor einer Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe scheuen.

Auszugehen ist davon, daß der Arzt mit der ihm auferlegten allein-

verantwortlichen Interessenabwägung oftmals überfordert sein wird, "da er die einer Schweigepflicht möglicherweise entgegenstehenden Interessen aus eigener Kenntnis oft gar nicht beurteilen kann." ³³⁶⁾ Der Wertvergleich kann im Einzelfall so verwickelt sein, "daß ein rechtsunkundiger Laie überfordert" sein wird ³³⁷⁾. Selbst wenn dem Arzt unterstellt würde, daß er die Grundzüge des Rechts beherrscht, so wäre damit noch längst nicht bewiesen, daß er auch die Probleme der Güter- und Interessenabwägung im Griff hat. Der Rückzug auf berufsethische Normen kann darüber nicht hinweg helfen, denn auch die Standesethik bedarf "letztlich der Legitimation durch die Rechtsordnung." ³³⁸⁾

Es ist bereits erörtert worden, daß das Gericht in einer ganzen Reihe von Fällen die Tatsache einkreisen kann, deren Preisgabe in Frage steht und daß das Gericht insoweit zu einer Interessenabwägung in der Lage ist. Es ist aber zuzugeben, daß in den Fällen, in denen eine Weigerung des Berufsgeheimnisträgers unverständlich erscheint, er in Wahrheit gute Gründe haben kann, im Interesse des Patienten bzw. Geheimnisherrn zu schweigen. Es gilt einen Mittelweg zu finden, der den Interessen aller wenn schon nicht vollends so doch weitgehend gerecht wird.

Damit der Zeuge keine willkürliche Interessenwertung vornimmt, wäre folgende Lösungsmöglichkeit zu erörtern:

Den Arzt hätte die Verpflichtung zu treffen, "vor dem Gericht wenigstens ein Mindestmaß von Gründen darzulegen, die sein Wei-

336) Erdsiek NJW 1963, S. 633 r.Sp.

337) Haffke GA 1973, S. 73/74

338) Haffke GA 1973, S. 75

gerungsrecht glaubhaft machen," ³³⁹⁾ damit es dem Gericht ermöglicht wird, eine etwaige Fehlbewertung in der Weise zu berichtigen, daß es den Zeugen insoweit bescheidet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts eine erneute Abwägung vorzunehmen. Die Glaubhaftmachung hätte in der Weise zu geschehen, daß hierdurch nicht bereits das Geheimnis selbst, welches Gegenstand der Zeugenaussage sein sollte, gelüftet wird ³⁴⁰⁾. Die Belehrung durch das Gericht könnte sich auf die prozessuale Fürsorgepflicht stützen, die dem Gericht gegenüber allen Verfahrensbeteiligten obliegt ³⁴¹⁾.

Ein Zwang zur Aussage dürfte dann ausgeübt werden, "wenn offensichtlich ist, daß die Zeugnisverweigerung auf völlig sachfremden Gesichtspunkten beruht" ³⁴²⁾ und sich tatsächlich als Rechtsmißbrauch oder Zweckverfehlung darstellen würde. Freilich sind die Grenzen des Bereiches solcher Fälle nicht leicht zu ziehen. Wenn die Interessenlage eindeutig ist, dann wird eine Aussagepflicht zu bejahen sein. Allerdings wird es an solcher Eindeutigkeit der Interessenlage oftmals fehlen. Die Frage nach dem Geheimnisbruch "wird oft in die breite Zone fallen," ³⁴³⁾ wo eine genaue Güter- und Interessenabwägung nicht möglich ist. Es ist Eb. Schmidt zuzugeben, daß hier der Richter sein eigenes Urteil nicht zum

339) Erdsiek NJW 1963, S. 633

340) Seiler, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, S. 102; bereits Finger, Vergl. Darst., BT, Bd. VIII, S. 366/367 Fußn. 2 hatte eine Lösung über die Ausschließung der Öffentlichkeit vorgeschlagen

341) siehe KMR, Einl., Anm. 13 I und § 53 Anm. 5; Kleinknecht, Einl. Anm. 7 B

342) Lenckner NJW 1965, S. 324 r.Sp.; siehe auch Kallfelz JW 1936, S. 1343, 1346 r.Sp.

343) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 58/59

maßgebenden schlechthin machen kann; abzulehnen ist aber, daß er die vom Arzt getroffene Entscheidung dann als richtig gelten lassen soll, "wenn er darauf vertrauen darf, daß der Arzt nicht leichtfertig sondern gewissenhaft die Lage geprüft" habe³⁴⁴⁾. Entscheidend sollte zuallererst sein, ob überhaupt Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß sich der Arzt der Tragweite seiner Entscheidung im Tatsächlichen im klaren ist. Das könnte zumindest durch eine gemeinsame Erörterung des Sachverhaltes im Rahmen eines "Rechtsgesprächs" festgestellt werden. Erst dann könnte die Entscheidung des Arztes in zweifelhaften Fällen hingenommen werden.

Alternativ wäre die Möglichkeit des Schweizer Prozeßrechts aufzugreifen (§ 321, 2 StGB). Danach bildet die ärztliche Standesvereinigung einen Ausschuß, an den sich ein Arzt um Rat wenden kann. Der Ausschuß entscheidet verbindlich über die Frage der Aussage oder Nicht-Aussage. Das hat den Vorteil, daß ein mit den Tücken dieses Rechtsgebietes geschulter und vertrauter Kreis fern von den persönlichen Einflüssen und Verstrickungen des Augenblicks eine abgewogene Entscheidung fällen kann.

Zur Anregung der Diskussion wird schließlich folgende Gesetzesergänzung vorgeschlagen:

Sind dringende Gründe für die Annahme vorhanden, daß die Zeugnisverweigerung offensichtlich rechtsmißbräuchlich ist, so entsteht die Zeugnispflicht so, wie es den tatsächlichen Vorgängen angemessen ist. Rechtsmißbräuchlich ist die Zeugnisverweigerung, wenn gegen die Grundsätze der Rechtsgüter-, Interessen- und Pflichtenabwägung verstoßen wird.

Es wäre abzuwarten, wie sich eine derartige Regelung in der

344) Eb. Schmidt aaO. S. 59; ders. NJW 1962, S. 1749 r.Sp.: zu einer Wertung im Tatsächlichen "wird der Arzt kaum imstande, kann aber auch gar nicht Sache des Arztes sein."

Praxis bewährt. Durch die Wahl des Tatmerkmals "offensichtlich" wird jedenfalls der Entwicklung dieser Frage kaum Raum gegeben. Diesem Zweck dient auch die Beschränkung auf ein nur teilweises Wiederaufleben der allgemeinen Zeugnispflicht.

Die entstehende Problematik bei der Feststellung, ob ein offensichtlicher Rechtsmißbrauch vorliegt oder nicht, ist keineswegs zu verkennen. Derartige Schwierigkeiten sind dem Gesetz aber nicht fremd. Vergleichbares tritt auch bei der Glaubhaftmachung solcher Verweigerungsgründe auf, bei denen der Zeuge zur Begründung seines Auskunftsverweigerungsrechts darzulegen hat, inwieweit er unehrenhaft gehandelt hat oder sich einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen würde (§§ 384 ZPO, 55 StPO). Glaubhaftmachen erfordert einen Beweis dahin, daß das Gericht die behauptete Tatsache für wahrscheinlich hält und in die Lage versetzt wird, ohne verzögernde weitere Ermittlung die Entscheidung zu treffen ³⁴⁵⁾. Hier hat die Praxis auch mit der Schwierigkeit fertig zu werden, wie eine Glaubhaftmachung erfolgen kann, ohne daß dadurch schon das Unehrenhafte, das Strafbare oder das Geheimnis selbst in bestimmter Weise offenbart wird ³⁴⁶⁾. Unüberwindlich scheint diese Frage also nicht zu sein.

Angesichts dieser Überlegungen soll nicht dem Argument ausgewichen werden, ob denn rechtsmißbräuchliche Aussageverweigerungen so häufig sind, daß eine Regelung erforderlich scheint. Die Antwort darauf kann nur lauten, daß rechtsmißbräuchliche Aussageverweigerungen nicht allzu häufig sind, aber darin liegt nicht das Problem. Schutzvorschriften dienen der Abwehr von Verfehlungen und müssen auch für jene Fälle vorgesehen werden, die selten auftreten.

345) BGHSt 21, S. 334/347; Kleinknecht § 26 Anm. 4

346) u.a. Wieczorek, ZPO S. 386 Anm. B I

Schlußbemerkung

Ausgehend von der Übereinstimmung der materiellen Vorschrift mit der verfahrensrechtlichen Vorschrift galt es zunächst aufzuzeigen, daß materieller und verfahrensrechtlicher Rechtsgutsschutz auseinanderfallen. Dabei stellte sich heraus, daß die alleinverantwortliche Entscheidungsbefugnis des Geheimnisträgers über Aussage oder Nicht-Aussage teilweise zu willkürlichen Ergebnissen führt. In der weiteren Untersuchung zeigte sich, daß es für den allgemeinen Vertrauensschutz keinen Unterschied ausmachen kann, ob der Geheimnisträger auf Grund eigener Entscheidung aussagt, oder ob er zu derselben gerechtfertigten Aussage angehalten wird. Entscheidend muß die objektive Interessenlage sein.

Das Zeugnisverweigerungsrecht steht in dem übergeordneten Ganzen des strafrechtlichen Rechtsgutsschutzes. Ein notwendiger Bestandteil des Rechtsgutsschutzes ist das Überwiegende Interesse als allgemeines Wesensmerkmal bei Wertstreitigkeiten. Wertstreitigkeiten sind unausbleiblich, ihre Lösung richtet sich nach dem jeweils Überwiegenden Interesse. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist ein Ausfluß des Überwiegenden Interesses. Von daher erhält es seine Geltung, aber auch seine Begrenzung. Bei Wertstreitigkeiten hebt die Rechtsgesellschaft den Schutz der Norm auf. Das heißt auf den Prozeß bezogen: bei einem Überwiegenden Offenbarungsinteresse verliert das Zeugnisverweigerungsrecht seinen Sinn. Deshalb ist zumindest bei einer offensichtlichen Fehlbewertung durch den Geheimnisträger auf seine Aussage hinzuwirken.

Lebenslauf

Am 10. Mai 1944 wurde ich als drittes Kind des Kaufmanns Fritz Klose und seiner Ehefrau Rosemarie geb. Tepel in Glogau geboren. In Leipzig und Hamburg besuchte ich die Volksschule. Im Februar 1964 legte ich an dem Goethegymnasium in Kassel die Reifeprüfung ab. Eine zweijährige Wehrdienstzeit schloß sich an. Als Offizier der Fallschirmjäger schied ich im März 1966 aus der Bundeswehr aus. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg an der Lahn bestand ich im Dezember 1970 die erste juristische Staatsprüfung in Frankfurt am Main. Während der darauffolgenden Ausbildung als Referendar im Vorbereitungsdienst war ich drei Jahre als wissenschaftliche Hilfskraft an der strafprozessualen Abteilung des Institutes für Verfahrensrecht der Philipps-Universität beschäftigt. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich im Januar 1974 in Marburg ab. Ich erhielt sodann ein Promotionsstipendium.

